العزيز

شرح الوجيز

المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي

المتوفى سنة ٦٢٣ هـ

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض — الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء الثالث عشر

يحتوي على الكتب التالية:

الشهادات ـ الدعاوى والبينات ـ العتق ـ التدبير

الكتابة ـ عتق أمهات الأولاد

دار الكتب العلمية

بيروت ـ لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ الشَّهَادَاتِ، وَفِيهِ أَبْوَابٌ سِتَّةٌ

البَابُ الأَوَّلُ فِيمَا يُفِيدُ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَهِيَ التَّكْلِيفُ وَالْحُرِّيَّةُ وَٱلإِسْلاَمُ، وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ كَافِرٍ أَصْلاً، وَلاَ عَلَى كَافِرٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَعَرَّضُ الكتابِ والسنَّة للشهادَةِ[1] وأَحْكَامِه مستفيضٌ واضحٌ؛ كقوله

(١) الشهادات: جمع شهادة: وتجمع باعتبار أنواعها، وإن كانت في الأصل مصدراً تعريف الشهادة: للشهادة في اللغة معانٍ:
منها: الإخبار بالشيء خبراً قاطعاً، تقول: شهد فلان على كذا، أي أخبر به خبراً قاطعاً.
ومنها: الحضور تقول شهد المجلس أي حضرة قال تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاَةَ وَالسَّلاَمُ: «الْغَنِيمَةِ لِمَنْ شَهِدَ الوَقْعَةَ» أي: حضرها.
ومنها: الاطلاع على الشيء، ومعاينته تقول: شهدت كذا، أي: اطلعت عليه، وعاينته.
ومنها: إدراك الشيء تقول: شهدت الجمعة. أي أدركتها.
ومنها: الحلف تقول: أشهد بالله لقد كان كذا، أي: حلف.
ومنها: العلم، قال تعالى: ﴿واللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾ أي عليم، والفعل من باب علم، وقد تسكن هاؤه فتقول: شهد فلان شهادة، وجمع الشاهد بشُهُد وشهود وأَشْهَادٌ، والمشاهدة: المعاينة.
وفي عرف أهل الشرع: ـ إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء، ولو بلا دعوى، فالإخبار كالجنس يشمل الشهادة وغيرها من الأخبار، وقولنا: صدق فصل يخرج الأخبار الكاذبة، فإطلاق الشهادة على الزور مجاز من حيث المشابهة الصورية، كإطلاق اليمين على الغموس، فإن حقيقة اليمين عقد يتقوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك في المستقبل.
والغموس: الحلف بها كذباً عمداً، وقولنا: لإثبات حق يخرج قول القائل في مجلس القضاء أشهد بكذا لبعض العرفيات، ونحو أشهد بأن النار محرقة، أو السراج مضيء، وأمثال ذلك مما لم يقصد به إثبات حق.
وقولنا: بلفظ الشهادة: يخرج الإخبار بلفظ آخر غير هذا اللفظ كالعلم واليقين فيتعين لفظ أشهد المتضمن معنى المشاهدة، والقسم، والإخبار في الحال، فكأن الشاهد قال: أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك، وأنا أخبر به، وهذه المعاني مفقودة في غيره من الألفاظ فلهذا اقتصر عليه، ولا يخلو من معنى التعبد. =

تعالَىٰ: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وقولِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وكما رُوِيَ أنه ـ صلَّى اللَّه عَلَيْه وسلَّم ـ سُئِلَ عَنِ الشَّهادة، فقَالَ لِلسَّائِلِ: تَرَى الشَّمْسَ، قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ: «عَلَىٰ مِثْلِهَا فَٱشْهَدْ أَوْ فَدَعْ»(١) وأنه ـ ﷺ ـ قال: أَكْرِمُوا الشُّهُودَ(٢)، وأنَّه ـ ﷺ ـ قال لِبَعْضِ الْمُدَّعِينَ: لَيْسَ لَكَ إِلاَّ شاهِدَاكَ أو يَمِينُهُ ولا يخفَىٰ أنه لا تقبل شهادةُ كلِّ من شهد، وأنَّه ليس للشَّاهِدِ أن يجازِفَ ويشهد بما شاء، بلْ لا بدَّ في الشاهد من صفاتٍ، والشاهِدُ مَنْ عَلِمَ ما يشْهَدُ به، والصفاتُ المعتبرةُ في الشاهد تنقسمُ إلَىٰ معتبرةٍ في العموم، كالحرِّيَّةِ، وإلَىٰ معتبرةٍ في بعْضِ الأمور؛ كالذكورة، وإذا شَهِد واحدٌ، فمن اجتمعتْ فيه الصفاتُ المعتبرةُ، فقد يحكم بقوله، وقد يُحْتاج إلَىٰ ضميمة أخرَىٰ، وهو الأغلبُ، وتلك الضميمة، إما قوْلُ شاهدٍ حرٍّ أو أكثرَ، وإما يمينُ المدعِي، ثم الشاهدُ قد يشهد الواقعةَ نفْسَها، وقد يشهد بشهادةِ من شهد بها وعلى التقديرَيْن، فإمَّا أن يستمرَّ على ما يشهد به أو يَرْجِع عنْه، فقيد المصنف لبيان هذه الفصولِ سِتَّةَ أبوابٍ:

أحدُهَا: في الصفات المعتَبَرَةِ في الشَّاهد على العُمُوم.

وثانِيهَا: في الذُّكُورة المعتَبَرَةِ على الخُصُوص، وفي العدد المرعيِّ في الشهود.

= وقولنا: في مجلس القضاء: يخرج إخباره في غير مجلس القضاء فلا يعتبر، وإنما قيدنا: بمجلس القاضي، وإن كان المحكم كذلك، لأن المحكم لا يتقيد حكمه بمجلس بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه أي بخلاف القاضي فإنه يتقيد بمجلس حكم المعين من الإمام ومحل ولاية.

وقولنا: بلا دعوى؛ لإدخال شهادة الحسبة، كما في عتق الأمة، وطلاق الزوجة، فليس الدعوى شرط صحتها مطلقاً.

وقد عرفها بعض الفقهاء بقوله: وفي اصطلاح أهل الشرع: عبارة عن إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالإخبار كالجنس. وقوله: صادق يخرج الأخبار الكاذبة، وما بعد يخرج الأخبار الصادقة غير الشهادات، ويرد عليه قول القائل في مجلس القضاء: أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات، فالأولى أن يزاد لإثبات حق، كما في التعريف الأول.

(١) رواه العقيلي والحاكم وأبو نعيم في الحلية وابن عدي والبيهقي من حديث طاوس عن ابن عباس، وصححه الحاكم، وفي إسناده محمد بن سليمان بن مسمول، وهو ضعيف، وقال البيهقي: لم يروِ من وجه يعتمد عليه.

(٢) رواه العقيلي في الضعفاء من حديث ابن عباس، وقال: لا يعرف إلا من رواية عبد الصمد بن علي، وتفرد به إبراهيم بن عبد الصمد عن أبيه عبد الصمد بن موسى، عن إبراهيم بن محمد الإمام عنه، انتهى. وقال ابن طاهر في التذكرة: رواه ابن أبي ميسرة عن عبد الصمد بن موسى أيضاً، وقال العقيلي: هذا الحديث غير محفوظ، وأورده في ترجمة إبراهيم بن محمد الهاشمي، وصرح الصغاني بأنه موضوع.

(٣) متفق عليه من حديث الأشعث بن قيس دون قوله ليس لك إلا، وسيأتي في الدعوى والبينات.

وثالِثُهَا: فيما تستند إِلَيْهِ الشهادة.

ورابِعُهَا: في الشَّاهِدِ واليَمِين.

وخامِسهَا: في الشَّهَادة على الشَّهادة.

وسادِسُهما: في الرُّجُوع.

أما البابُ الأول: فمِنَ الصفاتِ المعتبرةِ على العُمُوم التكليف، فلا تُقْبَلُ شهادةُ مجنونٍ ولا صبيٍّ، وقال مالكٌ: تقبلُ شهادةُ الصبيانِ فِي الجراحَاتِ الحاصِلَةِ بيْنهم في اللَّعِب ما لم يتفرَّقوا، وعن أحمد ثلاثُ رواياتٍ كمذْهَبنا ومذْهَب مالكٍ، والثالثةُ قبولُ شهادتهم مطلقاً بشرط التمييز، واحتجَّ الأصحابُ بأن الصبيَّ لا يقبل قولُه علَىٰ نفسه بالإِقْرَار فأولَىٰ ألاَّ يقبل على غيره بالشهادة، وبقوله تعالَىٰ: ﴿فَٱسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقالوا: لفظ الرجالِ لا يقَعُ علَى الصبيان.

ومنْها: الحرية؛ فلا يُقْبَلُ شهادةُ الرقيق قِنًّا كان أو مُدَبَّراً أو مكاتباً أو أمَّ وَلَدٍ، وقال أحمد ـ رحمه الله ـ: تُقْبَلُ.

لَنَا: أنَّ القوْلَ على الغَيْر نوعُ ولايةٍ، فيعتبرُ فيها الحريَّةُ، كما في سائر الولايات، وأيضاً، فالرقيقُ لاشتغالِهِ بخدمة السَّيِّد لا يتفرغ لتحمل الشهادة، ولا لأَدائها.

ومنها: الإِسلام فلا تُقبل شهادةُ الكافر ذمياً كان أو حربياً شهيد على مسلم أو كافر، وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ يُقبل شهادة الكافر على الكافر اتحدت ملتهما أو اختلفت، وعن أحمد فيما رواه صاحبُ الشامل أنه تُقبل شهادته على المسلم في الوصية إذا لم يكن هناك مسلم لنا ما روي أنه ـ ﷺ ـ «قال لاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ دِينٍ عَلَى غَيْرِ أَهْلِ دِينِهِمْ إِلاَّ ٱلْمُسْلِمُونَ فَإِنَّهُمْ عُدُولٌ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ وَعَلَىٰ غَيْرِهِمْ»(١).

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَوَرَاءَ هَذِهِ ثَلاَثُ صِفَاتٍ: الأُولَى: العَدَالَةُ: وَمَنْ يُقْدِمُ عَلَى كَبِيرَةٍ أَوْ يُصِرُّ عَلَى صَغِيرَةٍ فَهُوَ فَاسِقٌ لاَ تُقْبَلُ (ح) شَهَادَتُهُ، وَأَمَّا الإِلْمَامُ بِكَذْبَةٍ أَوْ غَيْبَةٍ أَوْ صَغِيرَةٍ جَرَىٰ عَنْ هَفْوَةٍ أَوْ فَتْرَةٍ مَعَ ٱسْتِشْعَارِ نَدَمٍ وَخَوْفٍ فَلاَ تَبْطُلُ الثِّقَةُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لما كانتِ الصفاتُ الثلاثُ الَّتِي سَبَقَتْ خفيفةَ المؤنةِ، سَرَدَها سَرْداً

---

(١) رواه البيهقي من طريق الأسود بن عامر شاذان كنت عند سفيان الثوري، فسمعت شيخاً يحدث عن يحيى أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة نحوه، وأتم منه، قال شاذان: فسألت عن اسم الشيخ فقالوا: عمر بن راشد، قال البيهقي: وكذا رواه الحسن بن موسى وعلي بن الجعد، عن عمر بن راشد، وعمر ضعيف، وضعفه أبو حاتم، وفي معارضه حديث جابر: أن النبي ﷺ: أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض، أخرجه ابن ماجة، وفي إسناده مجالد، وهو سيء الحفظ.

ثم صَرَفَ العنايَةَ إِلَىٰ بيانِ صفاتٍ أُخَرَ، فطَوَّل النَّظَر فيها، فقال: ووراء هذه ثلاثُ صفات:

إحداها: العدالةُ، فهي شرطُ القَبُولِ الشهادة، قال اللّٰه تعالَىٰ: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: ٦] وقال تعالَىٰ: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وقال عزَّ اسمه: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والفاسقُ ليْسَ بمرضيِّ الحال، ورُوِيَ أنَّه ـ ﷺ ـ قال: «لاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلاَ خَائِنَةٍ وَلاَ زَانٍ وَلاَ زَانِيَةٍ»(١) والقولُ في أنَّ العدْلَ مَنْ هو يحتاج إِلَىٰ تقديم أَصْلٍ، وهو أن المعاصِيَ تنقسِمُ إِلَىٰ كبائِرَ وصغائِرَ، قال الله تعالَىٰ: ﴿إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ﴾ [النساء: ٣١] وقال تعالَىٰ: ﴿وَالَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الإِثْمِ﴾ [الشورى: ٣٧] ثم قال الإمام ـ رحمه الله ـ: مِنْ أئمَّتنا مَنْ يقول: لا صغيرةَ في الذُّنُوب، وهو اختيارُ الأستاذِ أَبِي إِسْحَاق، والظاهر المشهور الأوَّلُ، ثم اختلفتِ الصحابةُ فمن بعْدهم في الكبائِرِ، وفي الفَرْق بينها وبيْن الصغائر، وللأصحابِ في تفسير الكبيرة وجوهٌ:

أحدها: أنَّها المعصيةُ الموجِبَةُ للحدِّ.

والثَّاني: أنَّها الَّتي يلْحَق صاحبَهَا الوعيدُ الشديدُ بنصِّ كتاب أو سُنَّةٍ، وهذا أكثر ما يوجَدُ لهمْ، وهم إِلَىٰ ترجيح الأول أميلُ، ولكنَّ الثاني أوفقُ لما ذكروه عنْد تفصيل الكبائر.

والثالث: قال الإِمَامُ في «الإِرشاد» وغيره: كلُّ جريمةٍ تُؤْذِنُ بقلَّة اكتراثِ مرتكبها بالدِّين ورقَّةِ الديانة، فهي مبطلةٌ للعدالة.

والرابع: ذكر القاضي أبو سعْدٍ الهرويُّ ـ رحمه الله ـ أن الكبيرةَ كلُّ فعلٍ نصَّ الكتابُ علَىٰ تحريمه، وكلُّ معصيةٍ توجِبُ في جنْسها حدّاً من حبسٍ أو غيرِهِ وَتَرْكُ كُلِّ فريضةٍ مأمورٍ بها عَلَىٰ الفوْرِ والكَذِبُ في الشهادة والروايةِ واليمينِ، هذا ما ذكروه على سبيل الضَّبْط، وفصل القاضي الرويانيُّ، فقال: الكبائرُ سَبْعٌ؛ قتلُ النفسِ بغَيْرِ الحقِّ، والزنا، واللِّواطُ، وشُرْبُ الخَمْر، والسرقةُ، وأخذُ المالِ غَصْباً، والقذْفُ وشُرْبُ كُلِّ

---

(١) رواه أبو داود وابن ماجة والبيهقي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وسياقهم أتم، وليس فيه ذكر الزاني والزانية إلا عند أبي داود، وسنده قوي، ورواه الترمذي والدارقطني والبيهقي من حديث عائشة، وفيه يزيد بن زياد الشامي وهو ضعيف، وقال الترمذي: لا يعرف هذا من حديث الزهري إلا من هذا الوجه، ولا يصح عندنا إسناده، وقال أبو زرعة في العلل منكر، وضعفه عبد الحق وابن حزم وابن الجوزي، ورواه الدارقطني والبيهقي من حديث عبد الله بن عمرو، وفيه عبد الأعلى وهو ضعيف، وشيخه يحيى بن سعيد الفارسي ضعيف، قال البيهقي: لا يصح من هذا شيء عن النبي ﷺ.

مسكر ملحِقٍ بشُرْبِ الخمْرِ، ولا فَرْقَ في الخمر بين القدر المسْكِر[١] واليسير الذي لا يُسْكِر، قال أبو سعدٍ: وفي الشرب من غير الخَمْر خلافٌ، إذا كان الرَّجُل شافعيّاً، وشرط في غصب المال أن يبلغ دِيناراً، وضم في «الشامل» إلى السبع المذكورة شهادة[٢] الزورِ، وأضاف إليها «صاحبُ العُدَّة» أكْلَ الرِّبَا، والإفطَارَ في رمَضَان بلا عذر، واليمينَ الفاجِرَةَ، وقطْعَ الرحِم، وعقوقَ الوالِدَيْنِ، والفرارَ من الزَّحْف، وأكْلَ مالِ اليتيم، والخِيَانَةَ في الكَيْل، والوَزْنِ، وتقديمَ الصَّلاَةِ عَلَىٰ وقْتِها وتأخِيرَها عنْ وقْتها بلا عذر، وضرْبَ المسلِم بغَيْر حقٍّ[٣]، والكَذِبَ على النبيِّ ـ ﷺ ـ عَمْداً، وسبَّ الصحابة ـ رضي الله عنهم[٤] ـ وكتمانَ الشَّهادة بغير عذر وأخْذَ الرّشوة، والدِّيَاثَةَ، والقيادةَ بيْن الرجالِ والنساءِ، والسعايةَ عنْد السلطان، ومنْعَ الزكاة، وترْكَ الأمرِ بالمعْرُوف والنَّهْي عن المنكر مع القدرة، ونسيانَ القرآنِ بعْدَ تعلُّمه، وإحراقَ الحيوانِ بالنَّار، وامتناعَ المَرْأة من زوْجِهَا بلا سَبَبٍ، واليأْسَ من رحمة الله تعالَىٰ، والأمن منْ مكْرِهِ، ويُقَالُ: الوقيعةَ[٥] في أهل العلم وحَمَلةِ القرآن، وممَّا يُعَدُّ من الكبائر الظهارُ وأكلُ لحمِ الخنزيرِ، والميتةِ من غَيْرِ ضرورةٍ، وللتوَّقفِ مجالٌ في بعْض هذه الخصال؛ كقطْع الرحِم وترْكِ الأمْرِ بالمعروف علَى إطلاقها، ونسيانِ القرآنِ، وإحراقِ مطْلَقِ الحيوان بالنَّار، وقد أشار صاحب الكتاب في «الإحياء» إلىٰ مثْلِ هذا التوقُّف، وفي «التهذيب» حكايةُ وجهٍ: أن ترك الصَّلاة الواحدَةِ إلَىٰ أن يخْرُجَ وقْتُها ليس بكبيرة، وإنما

---

(١) سقط من: أ.

(٢) شهادة «الزور من أكبر الكبائر وأعظم المصائب حيث تؤدي إلى أمور من الحظورة بمكان. وقد نفّر منها الشارع الحكيم قال تعالى في وصف الصالحين **﴿والذين لا يشهدون الزور وإذا مروا باللغو مروا كراماً﴾** وفي الحديث الشريف عن أبي بكر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر» قالوا بلى يا رسول الله قال: «الإشراك بالله وعقوق الوالدين» ثم جلس وكان متكئاً فقال: ـ «ألا وقول الزور. ألا وقول الزور. ألا وقول الزور». إن شهادة الزور أمر يتعفف عنه أولوا الطباع السليمة وأصحاب الضمائر الحية ولا يقدم عليه إلاّ ممقوت مرذول خان نفسه وربه وضميره ولطخ جبينه بالعار والخذلان فهو يسيء الهيئة الاجتماعية كما يسيء إلى القاضي بتضليله عن الصواب وإذا أمعنا النظر وجدناه أيضاً أساء إلى المشهود له فضلاً عن المشهود ضده.

(٣) قال في الخادم: التمثيل بالمسلم لا مفهوم له، فالذمي كذلك.

(٤) قال في القوت في باب الردة نقلاً عن القاضي الحسين أنه حكى وجهين في أن من سب الشيخين أو الختنين وهما عثمان وعلي رضي الله عنهم هل يكفر أو يفسق واستغرب الشيخ ولي الدين ذلك في شرح جمع الجوامع.

(٥) قال في الخادم: فسر الجوهري الوقيعة بالغيبة ثم قال بعد ذلك وهو مبني على أن الغيبة من الكبائر وفيه خلاف.

وفي فتاوى البديعي من الحنفية من استخف بالعالم طلقت امرأته، وكأنه جعله ردة. انتهى.

تُرَدُّ الشهادة به، إذا اُعتاده[(١)]، قال في «العُدَّة»؛ ومن الصغائرِ النظر بالعَيْن إلَىٰ ما لا يجوز، والغيبة[(٢)] والضَّحِكُ من غَيْر عُجْبٍ، والكذبُ الذي لا حدَّ فيه، ولا ضرر والاطلاعُ علَىٰ بيوتِ النَّاس، وهجْرةُ المسلم فوْقَ ثلاثٍ وكثْرةُ الخصومات، وإن كان الشخْصُ مُحِقّاً والسكوتُ على الغِيبة، والنِّياحةُ، والصياحُ، وشقُّ الجَيْب في المصيبات، والتَبَخْتُر في المَشْي، والجُلوسُ مع الفُسَّاق إيناساً لهم، والصلاةُ المكْرُوهة في الأوقات المكروهة المنهيَّة، والبيعُ والشراءُ في المسْجِد، وإدْخَالُ الصغار والمجانِينِ والنجاساتِ المسْجَد، وإمامةُ القَوْم، وهم كارهونَ لَهُ لعَيْبٍ به، والعبَثُ في الصَّلاة، والضَّحِكُ فيها، وتخطِّي رقاب الناس يوْمَ الجُمُعة، والكلامُ والإمامُ يخطب، والتغَوُّطُ مستقبلَ القِبْلَة، وفي طريق المسلمين، وكشف العورة في الحمَّام، ولك أن تتوقَّف في كثرة خصومات المحِقِّ، وتقولَ: ما ينبغي أن يكونَ معصيةً أصلاً إذا راعَىٰ حدَّ الشرْع، وفي تخطِّي رقاب النَّاس يوم الجمعة، فإنه معدودٌ من المكروهات دون المحرَّمات[(٣)]، وكذا

(١) قال النووي: قد روى أبو داود والترمذي أن رسول الله ﷺ قال: «عرضت عليّ ذنوب أمتي، فلم أرَ ذنباً أعظم من سورة من القرآن أو آية أقرئها رجل، ثم نسيها» لكن في إسناده ضعيف، وتكلم فيه الترمذي. ومن الكبائر السحر ثبت في صحيح مسلم أن رسول الله ﷺ جعله من السبع الموبقات ونقل المحاملي في كتاب الحيض من «مجموعه» أن الشافعي رحمه الله تعالى قال: الوطء في الحيض كبيرة، وفي صحيح البخاري أن النبي ﷺ جعل النميمة كبيرة.

(٢) قال صاحب الخادم: لم أرَ لصاحب العدة مساعداً على جعلها صغيرة، والصواب أنها كبيرة وقد نص عليه الشافعي فيما نقله الكرابيسي في كتابه المعروف بأدب القضاء من القديم واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا»، وجزم به الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني في عقيدته في الفصل المعقود للكبائر، وكذلك الجيلي في شرح التنبيه وغيره من الأصحاب وكذلك الكواشي في تفسيره وهو معدود من الشافعية، وقال إنها من عظائم الذنوب إلى أن قال: ولم أرَ من صرح بكونها صغيرة إلا صاحب العدة والغزالي، والعجب من سكوت الرافعي عليه وقد نقل قبل ذلك أن الوقيعة في أهل العلم من الكبائر وأخذ ذلك من كلام الأذرعي.

(٣) قال النووي: المختار أن تخطي الرقاب حرام للأحاديث فيه، والصواب في الخصومات ما قاله الرافعي، وأن البيع والشراء في المسجد وإدخاله الصبيان إذا لم يغلب تنجيسهم إياه، والعبث في الصلاة من المكروهات مشهور في كتب الأصحاب، وفي كون الصلاة في وقت النهي مكروهة أو محرمة خلاف سبق. ومن الصغائر القبلة للصائم الذي يحرك الشهوة، والوصال في الصوم على الأصح، والاستمناء وكذا مباشرة الأجنبية بغير جماع، ووطء الزوجة المظاهر منها قبل التكفير والرجعية، والخلوة بالأجنبية، ومسافرة المرأة بغير زوج ولا محرم، ولا نسوة ثقات، والنجش والاحتكار، والبيع على بيع أخيه، وكذا السوم والخطبة، وبيع الحاضر للبادي، وتلقي الركبان، والتصرية، وبيع المعيب من غير بيانه، واتخاذ الكلب الذي لا يحل اقتناؤه، وإمساك الخمر غير المحترمة، وبيع العبد المسلم لكافر، وكذا المصحف وسائر كتب العلم، واستعمال النجاسة في البدن بغير حاجة، وكشف العورة في الخلوة لغير حاجة على الأصح، وأشباه هذه.

الكلام وإلا فلا يخطبُ، على الأصحِّ.

إذا تقرَّر ذلك، قال الأصحاب: يُعتبر في العدَالَةِ الاجتنابُ عن الكبائرِ، فمَنِ آرتكب كبيرةً، فَسَقَ وردُّتْ شهادته، وأما الصغَائِرُ، فقليلاً ما يَسْلَم الإنسانُ منها، حتَّى آشتهر في الخَبَر «مَا مِنَّا إلاَّ مَنْ عَصَى أوْ هَمَّ بِمَعْصِيَةٍ إلاَّ يَحْيَى بْنَ زَكَرِيَّا صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِمَا»[1] فلا يشترط تجنبها بالكلية، لكنّ الشرْطَ ألا يُصِرَّ عليها، فإن أصرَّ، كان الإصرارُ كارتكاب الكبيرة، وأما الإصرارُ السالبُ للعدالةِ أهُوَ المداومةُ علَىٰ نوْع من الصغائرِ أم الإكثارُ منها، سواءٌ كانتْ من نوعٍ واحدٍ أو منْ أنواعٍ مختلفةٍ منهم من يُفْهِم كلامُه الأول ومنهم من يفهم كلامه الثانِيَ ويوافقه قول الجمهور من تَغْلِبُ طاعتهُ معاصِيَهُ، كان عدلاً، ومن تَغْلِبُ معاصيه طاعته، كان مردودَ الشهادة، ولفظ الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ في «المختصر» قريبٌ منه، وإذا قلْنا به، لم تضرَّ المداومةُ على نوعٍ واحدٍ من الصغائر، إذا غلبتِ الطاعاتُ، وعلى الاحتمال الأول يَضُرُّ.

وقوله في الكتاب «لا تُقبل شهادتُه» أُعْلِمَ بالحاء، لأن في «النهاية» أن أبا حنيفةَ يَقْبَلُ شهادة الفاسِق الذي يَغْلِبُ على الظنِّ آحترازُهُ عن الكذب.

وقولهُ: «وأما الإلمام بكذْبَةٍ أو غيبةٍ» إلى آخره فيه مع بيانِ الحُكْم وهو أن ارتكابَ الصغيرة لا يُبْطِلُ العدالةَ، أشار إلَىٰ سببه، وهو أن الإنسان غالباً لا يَخْلُو عن الابتلاء بالصغائر، ويُقْدِمُ عليها أحياناً لفتْرة تقع، وشهوةٍ تَغْلِب، فلا يدلُّ ذلك على قلَّة الديانةِ والمبالاة، لا سيَّما إذا كان المُقْدِم عليها نادماً خائفاً، بخلاف الكبيرةِ، فإنَّها عظيمةُ الوقْع، ارتكابها مشعر بقلَّة المبالاة، فأسْقَطَ الثقةَ بقَوْل مرتكبها والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَاللَّعِبُ بالشِّطْرَنْجِ (ح م و) والحَمَام (ح م) وَسَمَاعُ الغِنَاءِ وَالرَّقْصِ وَنَظْمُ الشِّعْرِ الَّذِي لاَ هَجْوَ فِيهِ وَلاَ فُحْشَ وَلاَ تَشبِيبَ بِآمْرَأةٍ مُعَيَّنَةٍ وَسَمَاعُ الدُّفِّ وَإِنْ كَانَ فِيهِ جَلاَجِلُ وَكَذَا سَمَاعُ الطَّبْلِ إِلاَّ طَبْلَ المُخَنَّثِينَ كُلُّ ذَلِكَ لَيسَ بِحَرَامٍ، لَكِنَّ المُوَاظَبَةَ عَلَيْهَا قَدْ تَخْرِمُ المُرُوءَةَ فِي حَقِّ بَعْضِ النَّاسِ فَيَقْدَحُ، وَأَمَّا النَّرْدُ وَسَمَاعُ الأَوْتَارِ وَالمَعَازِفُ وَالمِزْمَارِ العِرَاقِيِّ وَمَا هُوَ شِعَارُ الشُّرْبِ وَنَظْمُ الهَجْوِ وَإِنْشَادُهُ وَلُبْسُ الحَرِيرِ وَالجُلُوسُ عَلَيْهِ

---

(١) رواه أحمد وأبو يعلى والحاكم من حديث ابن عباس وهذا لفظه، ولفظهما: ما من أحد من ولد آدم إلا قد أخطأ أو هم بخطيئة ليس يحيى بن زكريا، وهو من رواية علي بن زيد بن جدعان عن يوسف بن مهران وهما ضعيفان، وله طريق أخرى عند البزار من رواية محمد بن عون الخراساني، وهو ضعيف، وفي الباب عن أبي هريرة في الطبراني في الأوسط، وكامل ابن عدي في ترجمة حجاج بن سليمان، وأخرجه البيهقي بإسناد صحيح إلى الحسن عن النبي ﷺ مرسلاً، وأخرجه عبد الرزاق من طريق سعيد بن المسيب مرسلاً أيضاً.

وَالتَّخَتُّمُ بِالذَّهَبِ كُلُّ ذَلِكَ حَرَامٌ وَلَكِنْ لاَ تُرَدُّ الشَّهَادَةُ بِالمَرَّةِ الوَاحِدَةِ بَلْ بِالإِصْرَارِ إِلاَّ فِي بَلْدَةٍ يَعْظُمُ عِنْدَهُمْ سَمَاعُ الأَوْتَارِ، وَالإِقْدَامُ مَرَّةً يُشْعِرُ بِالانْحِلاَلِ، وَلاَ يَخْلُو الإِنْسَانُ عَنْ غِيبَةٍ وَكَذِبٍ وَنَمِيمَةٍ وَلَعْنٍ وَسَفَاهَةٍ فِي غَضَبٍ فَلاَ يُرَدُّ شَهَادَتُهُ بِسَبَبِهَا إِلاَّ عِنْدَ الإِصْرَارِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصل مسائل:

إحداها: اللعبُ بالشِّطْرَنج[1] مكروهٌ؛ لما رُوِيَ عن النبي - ﷺ - أنَّه مرَّ بقوم

---

(١) «الشطرنج».
هو بكسر أوله وفي لغة بالسين وفيه أربع لغات كسر الشين وفتحها والإعجام - والإهمال - والأشهر الإعجام مع الكسر ويجمع على شطارج وأصله في اللغة الأعجمية «شسن رنك» ومعناه ستة ألوان لأن شسن ستة. . ورنك ألوان وهي أعني الستة الشاة - والفرزان. والفيل والفرس - والرخ - والبيدق - ثم أول من وضعه كما ذكره ابن خلكان وصاحب الغرر.
«وصَّهْ بن داهر الهندي» وضعه (لبلهيت) ويقال له شِهْرَامْ بكسر الشين المعجمة.
وقصد الواضع للشطرنج مضاهاة لأزدشير أول ملوك الفرس الأخيرة واضع النرد لتمثيل الدنيا وأهلها كما تقدم بيانه وافتخرت الفرس بذلك.
ثم لما قارن حكماء ذلك العصر بينهما قضوا بترجيح الشطرنج على النرد - حيث إن الشطرنج وضع على أساس قاعدة أن لا قضاء ولا قدر مؤثرين بذاتهما وأن الإنسان قادر بسعيه واجتهاده أن يبلغ المراتب العلية والخطط السنية فكان في ذلك إبطال القاعدة الأساسية التي بنى عليها وضع النرد كما أن الإنسان لو أهمل السعي والاجتهاد هوى به إلى الخصيص وأخرجه من روض الغيس الأربص.
ومما يدل على ذلك أن البيدق ينال بحركته وسعيه منزلة «الفرزان» في الرياسة.
ثم جعلها الواضع مصورة تماثيل على صورة الناطق والصامت وجعلها درجات ومراتب فجعل «الشاة» الرئيس والمدبر، والفرس والفيل مركوبين له (والفرزان) وزيره (والبيادق ورعاياه فالواحد من الرعية لو أعطى الاجتهاد حقه في تهذيب نفسه كان ذلك عوناً على أن ينال رتبة (الفرزان) أي وزيراً وكذلك (الفرزان) إذ علت همته وتمكنت قدرته طمحت نفسه إلى نيل رتبة (الشاة) أي الملك ونازعه الملك ولو أدى إلى مقاتلته وهكذا الحكم في كل قطعة من القطع التي تليها وقيل إن الواضع للشطرنج بعض الحكماء ليبينوا للناس ما خفي عنهم من مكايد الحروب وكيفية ظفر الغالب وخذلان المغلوب - وبينوا فيها التدبير والحزم والاحتياطة المكيدة والاحتراس - والتعبية والنجدة - والقوة والجلد والشجاعة والبأس فمن عدم شيئاً من ذلك علم موضع تقصيره ومن أين أتي بسوء تدبيره لأن خطأها لا يستقال والعجز فيها متلف المهج والأموال لأنه معلوم بالبداهة أن في ترك الحزم ذهاب الملك وضعف الرأي جالب للعطب والهلاك - والتقصير سبب الهزيمة. . والتلف وعدم المعرفة بالتعبية داع إلى الانكشاف أمام العدو وقال بحله مالك والشافعي مع الكراهة قال بعض المحققين إنما حرم اللعب بالنرد ولم يحرم. . اللعب بالشطرنج لأن المخطىء في الشطرنج إنما يحيل خطأه على فكره وأما في النرد فيحيل خطأه على القدر وهذا كفر وما يفضي إلى الكفر حرام فحرم النرد لذلك ا هـ.

يلْعبون به، فقال «مَا هَٰذِهِ التَّمَاثِيلُ الَّتِي أَنْتُمْ لَهَا عَاكِفُونَ»[١] ولأنّه صَرْفٌ للعمر إلى ما لا يُجْدِي، وفيما عُلِّقَ عن الإمام وجْهٌ: أنه مباحٌ لا كراهَةَ فيه.

والصحيح: إثبات الكراهة، إلا أنه ليس بمحرَّم؛ رُوي اللعبُ به عن ٱبْن الزُّبَيْر وأبي هُرَيْرة ـ رضي الله عنهما ـ وعن سعيدِ بن جبير ـ رضي الله عنه ـ أنه كان يلْعَبُ به ٱستدباراً[٢]، وعن أبي حنيفَة ومالكٍ: أن اللعبَ بالشُّطْرنج حرامٌ، وإليه ميل الحليمي، واختاره القاضي الرويانيُّ، وإذا قلنا: بظاهر المذْهب، فلو اقترن به قمارٌ أو فُحْشٌ في الكلام أو إخراجُ صلاةٍ عن الوقْت عمداً، رُدَّت شهادتُه بتلك القرينة، وإنَّما يحْصُل القمار، إذا شُرِطَ المالُ من الجانِبَيْن، وكان كلُّ واحد منهما بَيْن أن يَغْلِبَ، فيغنَمَ أو يُغْلَبَ، فيغرم، أمَّا إذا أخرج أحدُهُما شيئاً؛ ليَبْذُلَه، إن غُلِبَ، ويمسكه، إن غَلب، لم يكن قِمَاراً، ولم تُرَدَّ به الشهادةُ، ولكن عقد مسابقةٌ فيما ليس من آلاتِ القتالِ، فلا يصحُّ، ولو لم يُخَرِجِ الصلاةَ عن الوقْت عَمْداً، ولكنْ شغَله اللَّعِب به، حتى خرج الوقْتُ، وهو غافلٌ، فإن لم يتكرَّر منه ذلك، لم تُرَدَّ شهادته، وإن كَثُر وتكرَّر، فسق ورُدَّت شهادتُه بخلاف ما إذا تَرَكَها مراراً ناسياً، لأنَّهُ شغَل نفْسَه ههنا بما فات به الصَّلاة، هكذا ذكروه، وفيه إشكالٌ لما فيه من معصية الغافِلِ واللاهِي، ثم قياسُه الطَّرْدُ في شغْل النفس بسائر المباحات[٣]، وأشار القاضي الرويانيُّ إِلَىٰ وجْهٍ أنه يفْسُقُ مطلقاً تكرَّر أو لم يتكرَّر، وفي «المهذب» اشتراطُ التَّكْرَار في إخراجها عن الوقْت، وإن كان ذلك مع العِلْم، وهو خلافُ ما قدَّمنا، أنَّ إخراج الفريضة عن الوقْتِ عمداً من الكبائر، وعبر الأستاذ أبو إسحاق الإسفرايينيُّ عن سلامته عن القرائِنِ الفاسدةِ؛ بأن قال: وقد سُئِلَ عن اللَّعِب بالشطرنج إذا سلم المال عن الخسران، والصلاة عن النسيان، واللسان عن البهتان أرى ذلك أنسا بين الخلال وحكاه القاضي الروياني في جمع الجوامع ورأيته بخط والدي منسوباً إلى الصعلوكي. وأما النرد ففي اللعب به وجهان:

أحدهما: أنه كاللعب بالشطرنج لكن الكراهية فيه أشد وَيُحْكَىٰ هذا عن ابن خيران وأبي إسحاق المَرْوَزِيِّ والإِسفرايينيِّ، وهو ظاهر إيراده في «الأم» واختاره القاضي أبو الطَّيِّب.

---

(١) رواه ابن أبي الدنيا في ذم الملاهي من طريق ميسرة بن حبيب عنه، ورواه البيهقي وله طرق عنده وألفاظ مختلفة، وحمله الصولي في جزءه المشهور على أنه كان تماثيل.

(٢) رواه الشافعي وحكاه أيضاً عن محمد بن سيرين وهشام بن عروة.

(٣) وما استشكل به أجاب عنه الشافعي رضي الله عنه بأن في ذلك استخفافاً من حيث إنه عاد إلى ما علم أنه يورثه الغفلة. نقله الأسنوي.
وأما القياس المذكور فأجيب عنه بأن شغل النفس بالمباح يفجؤها ولا قدرة على دفعه بخلاف هنا وبأن ما شغلها به هنا مكروه وثم مباح.

وأصحُهما: التحريمُ، وبه قال ابنُ أبي هريرة وابنُ القاصّ؛ لما رُوِيَ أنه - ﷺ - قَالَ: مَنْ لَعِبَ بالنَّرْدِ، فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ»(١) وروي «مَنْ لَعِب بالنَّرْدَشِيرِ، فكأنَّمَا غَمَسَ يَدْيهِ فِي لَحْمِ خِنْزِيرِ»(٢) وفرق بينه وبيْن الشِّطْرنج في شدَّة الكراهية علىٰ وجْه الأول، وفي التحريم على الثاني؛ بأن التعويل في النَّرْدِ عَلَى ما يُخْرِجُه الكعبان، فهو كالأزلام، وفي الشِّطْرنج يُبْنَى الأمرُ علَى الْفِكْرِ والتأمُّلِ، وأنه ينفع في تدابير الحَرْب، وعلى الثاني، فقد حَكَى الإِمَامُ عن الشيخ أبي محمَّد: أنه من الصَّغَائر، قال: والصحيحُ أنَّه من الكَبَائر.

فَرْعٌ: قال في «الأم» وأكره اللِّعِب بالحَزّة(٣)، والقرق، والكلام في تفسيرهما، ثم في الحُكْم أما التفسيرُ فالحَزّة: قطعةٌ من خشَبٍ يحفر فيها حفَرٌ في ثلاثة أسْطُر، ويُجْعل في الحفر حصًى صغارٌ يُلْعب بها، وقد يُسَمَّى الأربعةَ عَشَر.

والقرق: أن يُخَطَّ على الأَرْض مربعٌ يجعل في وسَطِه خطَّان، كالصَّليب، ويُجْعل علَىٰ رؤوس الخط حصًى صغارٌ يلعب بها، والقرق فيما رأيتُ بخطِّ القاضي الرويانيِّ، بفتح القاف والراء، وبعْضُهم قيَّد «القِرْق» بكسر القاف وتسكين الراء، ولم أجدْها في كُتُب اللغة بهذا المعنىٰ، نعم، في الصِّحَاح(٤) أنَّ القَرْقِ، بكسر الراء: المكان المستوي، ومعلوم أنَّ الخطَّ لِلَّعِب غالباً يقع في المكان المستوِي، فيمكن أن يكون ما نَحْنُ فيه مِنْ هذا، وأنْ يكون اللفظُ كما كره، وأما الحُكْم ففي «الشامل»: أن اللَّعِبَ بهما كاللعب بالنرد، وفي تعليق أبي حامد: أنه كالشِّطْرنج(٥)، ويمكن أن يُقَالَ: ما

---

(١) رواه مالك وأحمد أبو داود وابن ماجه والحاكم والدارقطني والبيهقي، من حديث أبي موسى الأشعري، ووهم من عزاه إلى تخريج مسلم.

(٢) رواه مسلم بلفظ: غمس، بدل: صبغ، وقال أحمد أخبرنا مكي بن إبراهيم نا الجعيد عن موسى ابن عبد الرحمن الخطمي، أنه سمع محمد بن كعب يسأل عبد الرحمن أخبرني ما سمعت أباك؟ فقال: سمعت أبي يقول سمعت النبي ﷺ يقول: مثل الذي يلعب بالنرد، ثم يقوم فيصلي، مثل الذي يتوضأ بالقيح ودم الخنزير، ثم يقوم فيصلي.

(٣) الحزة بفتح الحاء المهملة وتشديد الزاي، فسرها المصنف تبعاً لأصله بأنها قطعة خشب يحفر فيها حفر في ثلاثة أشطر يجعل فيها حصى إلى آخر ما ذكره.
قال في الخادم: وتسمى المنقلة، وقول المصنف قال في الأم الشيخ رأي الإمام وعبارة الرافعي قال في الأم: ويستفاد منها أنه رأى الأم من هذا الموضع وفيه رد على من يقول إن الرافعي لم يرَ الأم نعم الرافعي في مواضع من الشرح يقول وعن نص الأم فينقل ذلك النص عن غيره محتمل أنه لم يرَ الأم كاملة أو في ذلك المحل ما يراجع الأم واكتفى بالنقل عن غيره.

(٤) ينظر الصحاح ١٥٤٧/٤ (قرق).

(٥) قال في القوت: جعله كالنرد وهو ما في الحاوي والشامل والبيان ولفظ الحاوي والصحيح الذي ذهب إليه الأكثرون تحريم اللعب بالنرد وأنه الذي يفسق وترد الشهادة به وهكذا اللعب بالأربعة=

يعتمد فيه على إخراج الكعبين، فهو كالنرد، وما يُعْتَمَدُ فيه على الفِكْر، فهو كالشِّطْرَنْج.

الثانيةُ: اتِّخاذُ الحَمَام للبَيْض، والفرخ، وللأنس بها، ولحمل الكُتُب جائزٌ بلا كراهة، وأما اللعبُ بها بالتطيير والمسابقة، ففيه وجه أن حكمه كذلك؛ لأنَّ فيه تعليمَهَا، وترشِيحَها؛ لإنهاء الأخبار، والظاهرُ أنه مكْروهٌ، كالشِّطْرنج، وهذه الفائدةُ تتعلَّق بتطييرها دون المسابقة واللعب بها، ثم لا تُردُّ الشهادة بمجرَّدة، فإن انضم إليه قِمَارٌ وما في معناه رُدَّت الشهادة، وقال مالكٌ وأبو حنيفة ـ رحمهما الله ـ تُردُّ الشهادة بمجرَّدة.

الثالثة: غِنَاءُ الإنسان، إما أن يُفْرَض بمجرَّد صوته، أو بِآلَةٍ من آلات الغناء.

أما القِسْمُ الأوَّلُ، فهو مكْروهٌ، وسماعُه مكروهٌ، وليسا بمحرَّمَيْن، أما أنهما مكروهان؛ فلقَوْل الله تعالَى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ﴾ [لقمان: ٦] قال ابنُ مسعود ـ رضي الله عنه ـ: هو الغناء[(١)]، وَرَوِي أنه ـ ﷺ ـ قَالَ: «الْغِنَاءُ[(٢)] يُنْبِتُ النِّفَاقَ فِي الْقَلْبِ، كَمَا يُنْبِتُ الْمَاءُ الْبَقْلَ»[(٣)] وأما أنهما ليسا بمحرَّمَيْن؛ فلأن عائشةَ ـ رضي الله عنها ـ قالَتْ: دَخَلَ أبو بَكرٍ ـ رضي الله عنه ـ وَعِنْدِي جَارِيَتَانِ مِنْ جَوَارِي الأَنْصَارِ يُغَنِّيَانِ بِمَا تَقَاوَلَتِ الأَنْصَارُ يَوْمَ بُعَاثَ، وَلَيْسَا بِمُغَنِّيَتَيْنِ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: أَمَزَامِيرُ الشَّيْطَانِ فِي بَيْتِ رَسُولِ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّه عَلَيْهِ وَسلَّمَ ـ وَذَلَكِ فِي يَوْمِ عِيدٍ، فَقَالَ: «يَا أَبَا بَكْرٍ، لِكُلِّ قَوْمٍ عِيدٌ، وَهَذَا عِيدُنَا[(٤)]» ويُرْوَىٰ أَنَّ عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ «كَانَ دَاخِلاً فِي دَارِهِ يَتَرَنَّمُ بِالْبَيْتِ وَالْبَيْتَيْنِ»[(٥)] وَعَنْ عُثْمَانَ ـ رضي الله عنه ـ: «أَنَّ جَارِيَةَ

= عشر المفوضة إل الكعاب وما ضهاها فهي في حكم النرد في التحريم وقضية هذا وكلام الرافعي في تحريم اللعب بما تسميه العامة الطاب والدك فإن الاعتماد فيه على ما يخرجه القضبان الأربع وفي النفس منه شيء إذا خلا عن القمار والسخف، لكنه قد يجر إليهما. وقال في الخادم: إن الظاهر التحريم، قال ومثله الكنجفة.

(١) رواه ابن أبي شيبة بإسناد صحيح: أن عبد الله سئل عن قوله تعالى: **﴿ومن الناس من يشتري لهو الحديث﴾** قال: الغناء، والذي لا إله غيره، وأخرجه الحاكم وصححه البيهقي.

(٢) قال الحافظ من التلخيص: قال بعض الصوفية: إنما المراد بالغناء هنا غني المال، ورده بعض الأئمة بأن الرواية إنما هي الغناء بالمد، وأما غني المال فهو مقصور. قلت: ويدل عليه حديث ابن مسعود الموقوف فإن فيه، والذكر ينبت الإيمان في القلب، كما ينبت الماء البقل، ألا تراه جعل ذكر الله مقابلاً للغناء، لكونه ذكر الشيطان، كما قابل الإيمان بالنفاق.

(٣) رواه أبو داود بدون التشبيه، والبيهقي من حديث ابن مسعود مرفوعاً، وفيه شيخ لم يسم، ورواه البيهقي أيضاً موقوفاً، وفي الباب عن أبي هريرة رواه ابن عدي، وقال ابن طاهر: أصح الأسانيد في ذلك أنه من قول إبراهيم.

(٤) متفق عليه من طرق.

(٥) قال الحافظ في التلخيص: ذكره المبرد في الكامل في قصة، وذكره البيهقي في المعرفة عن عمر=

لَهُ كَانَتْ تُغَنِّي بِاللَّيْلِ، فَإِذَا كَانَ وَقْتُ السَّحَرِ، قَالَ: أَمْسِكِي، فَهٰذَا وَقْتُ الاسْتِغْفَارِ»[١] وحيث ثبتت الكراهةُ، فالسماعُ في الأجنبية أشدُّ كراهةً، وحَكَى القاضي أبو الطيِّب تحْرِيمَهُ، وهذا هو الخلافُ الَّذي سبقَ في أنَّ صوتها هل هو عورةٌ؟ فإن كان في السَّماع منْها خوفُ فتنةٍ، حَرُم لا محالَة، وكذا السماعُ من صبيٍّ يُخافُ منه الفتنة، هذا هو المشهور في الغناء وسماعه وحَكَىٰ أبو الفرج الزاز وراءَهُ وجهَيْن:

أحَدُهُمَا: أنه يحْرُم كثيرُه دون قليله.

وثانيهما: أنه حرامٌ على الإطلاق والحداء وسماعه مباحان، لما فيه من إيقاظ النُّوَّام وتنشيط الإبل للسير، وقد رُوِيَ أنه ـ ﷺ ـ قَالَ لعَبْدِ اللَّهِ بْنِ رَوَاحَةَ ـ رضي الله عنه ـ: حَرِّكْ بِالْقَوْمِ فَانْدَفَعَ يَرْتَجِزُ[٢] وتحسينُ الصوْتِ لقراءةِ القرآن جائزٌ، بل مندوبٌ إلَيْهِ، رُوِيَ أنه ـ ﷺ ـ قَالَ: «زَيِّنُوا القُرْآنَ بِأَصْوَاتِكُمْ»[٣] وسمع رسولُ الله ـ ﷺ ـ عبْدَ اللَّهِ بْنَ قَيْس يقرأ، فقالَ: لَقَدْ أُوتِيَ هٰذَا مِزْمَاراً مِنْ مَزَامِيرِ آلِ دَاوُد[٤]، وقَالَ ـ ﷺ ـ «لَيْسَ مِنَّا مَنْ لَمْ يَتَغَنَّ بِالْقُرْآنِ»[٥] وحمله الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ علَىٰ تحْسين الصوْت دون الاستغناء، به وتحسينُ الصوت للقرآن بالترتيلِ، وهو التأنِّي في التلاوةِ، وبالحَدْرِ والتَّحْزِين، قال أبو الفرج الزاز: والحَدْر أن يرْفَعَ الصوْتَ مرةً، ويخفضه أخرَىٰ، والتحزينُ أنْ يلين الصوْتَ، وأما القراءةُ بالألْحَان، فقد قالَ في «المختصر»: لا بأس بها، وعن رواية الربيع بن سليمان

= وغيره، ورواه المعافى النهرواني في كتاب الجليس والأنيس، وابن مندة في المعرفة في ترجمة أسلم الحادي في قصة، وروى أبو القاسم الأصبهاني في الترغيب شيئاً من ذلك في قصة.

(١) قال الحافظ في التلخيص: لم أجده موصولاً.

(٢) رواه النسائي من حديث قيس بن أبي حازم عن عمر بن الخطاب، ورواه أيضاً من حديث قيس عن ابن رواحة مرسلاً.

(٣) رواه أحمد وأبو داود والنسائي، وابن ماجة وابن حبان والحاكم، من حديث البراء بن عازب. قلت: وعلقه البخاري بالجزم، ولابن حنان عن أبي هريرة، وللبزار عن عبد الرحمن بن عوف، وللحاكم من طريق أخرى عن البراء: زينوا أصواتكم بالقرآن، وهي في الطبراني من حديث ابن عباس، ورجح هذه الرواية الخطابي، وفيه نظر لما رواه الدارمي والحاكم بلفظ: زينوا القرآن بأصواتكم، فإن الصوت الحسن يزيد القرآن حسناً، فهذه الزيادة تؤيد معنى الرواية الأولى.

(٤) متفق عليه من حديث أبي موسى عبد الله بن قيس الأشعري بنحوه، ورواه الحاكم من حديث بريدة بن الحصيب بلفظ أقرب إلى اللفظ الذي ذكره المصنف.

(٥) رواه البخاري وأحمد من حديث أبي هريرة، وأحمد وأبو داود وابن ماجة، والحاكم وابن حبان من حديث سعد بن أبي وقاص وفي الباب عن ابن عباس وعائشة في الحاكم وعن أبي لبابة في سنن أبي داود قال الشافعي: معنى هذا الحديث تحسين الصوت بالقرآن، وفي رواية أبي داود: قال ابن أبي مليكة: يحسنه ما استطاع، وقال ابن عيينة: يجهر به، وقال وكيع: يستغنى به، وقيل غير ذلك في تأويله.

الجِيزِيّ: أنها مكروهةٌ، ولَيْس في هذا اختلافُ قولٍ عند عامة الأصحاب، ولكن موضع الكراهيّة أن يُفْرِطَ في المد، وفي إشباع الحركات حتَّىٰ يتولَّد من الفتحة ألفٌ ومن الضمة واوٌ، ومن الكسرة ياءٌ، أو يدغم في غير موضع الإدغام، فإن لم ينته إلَىٰ هذا الحدِّ، فلا كراهة، وفي «أمالي» أبي الفرج وجهٌ أنه لا كراهة، وإنْ أفرط[1]؛ احتجاجاً بمطلَقِ قوْلِهِ - ﷺ - «لَيْسَ مِنَّا مَنْ لَمْ يَتَغَنَّ بِالْقُرْآنِ».

والثاني: أن يغني ببعض آلات الغناء ممَّا هوُ منْ شعارِ شارِبِي الخَمْر، وهو مطربٌ كالطُّنبور، والعود، والصُّنج، وسائر المعازف، والأوتارِ فيَحْرُم استعماله، والاستماع إلَيْه، قال ابنُ عَبَّاسٍ - رضي الله عنه - في تفسير قوله تعالَىٰ: **﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ﴾** [لقمان: ٦]: إنه الملاهِي، وفي اليَرَاعِ وجهان:

أحدُهمَا: أنَّه حرامٌ، كالمزمار.

والثاني: المنْعُ؛ لأنه ينشِّطُ على السَّيْرِ في الأسفار ويُرْوَىٰ أن داوُدَ - عليه السلام - كان يضربه في أغنامه، وعن الصحابة الترخيصُ فيه، والأصحُّ الأولُ عند صاحبِ «التهذيب» وعند صاحب الكتاب، وهو الأقرب، وليس المرادُ من اليراع كلَّ قصب، بل المزمارُ العراقيُّ، وما يُضْرب به الأوتار حرامٌ بلا خلاف[2]، وأما الدُّفُّ فَضَربه مباحٌ في الإملاك والختان، رُوِيَ أنه - ﷺ - قال: «أَعْلِنُوا النِّكَاحَ وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالْغِرْبَالِ»[3] يريد الدُّفَّ، وعن عُمَرَ - رضي الله عنه - أنَّه كانَ إذَا سَمِعَ الدُّفَّ بعَثَ، فإنْ كان في النِّكاحِ

---

(١) قال النووي: الصحيح أنه إذا أفرط على الوجه المذكور، فهو حرام، صرح به صاحب «الحاوي» فقال: هو حرام يفسق به القارىء، ويأثم المستمع، لأنه عدل به عن لهجة التقويم، وهذا مراد الشافعي بالكراهة. ويسن ترتيل القراءة وتدبرها، والبكاء عندها، وطلب القراءة من حسن الصوت، والجلوس في حلق القراءة ولا بأس بترديد الآية للتدبر، ولا باجتماع الجماعة في القراءة، ولا بإدارتها وهو أن يقرأ بعض الجماعة قطعة، ثم البعض قطعة بعدها، وقد أوضحت هذا كله وما يتعلق به من النفائس في «آداب حملة القرآن».

(٢) قال النووي: الأصح أو الصحيح تحريم اليراع، وهو هذه الزمارة التي يقال لها الشبابة وقد صنف الإمام أبو القاسم الدولعي كتاباً في تحريم اليراع مشتملاً على نفائس، وأطنب في دلائل تحريمه.

(٣) رواه الترمذي وابن ماجة والبيهقي عن عائشة، وفي إسناده خالد بن الياس، وهو منكر الحديث قاله أحمد، وفي رواية الترمذي، عيسى بن ميمون وهو يضعف، قاله الترمذي وضعفه ابن الجوزي من الوجهين، نعم روى أحمد وابن حبان والحاكم من حديث عبد الله بن الزبير: أعلنوا النكاح، وروى أحمد والنسائي والترمذي، وابن ماجة والحاكم من حديث محمد بن حاطب: فصل ما بين الحلال والحرام، والضرب بالدف.

(تنبيه): ادعى الكمال جعفر الأدفوي في كتاب الإمتاع بأحكام السماع، أن مسلماً أخرج حديث الباب في صحيحه، ووهم في ذلك وهماً قبيحاً.

والخِتَانِ، سَكَتَ، وإِنْ كَانَ فِي غَيْرِهِمَا عَمِلَ بالدِّرَّة وأمَّا في غير الإِمْلاك والختان:

ففي «المهذب» و «التهذيب» وغيرهما: إطلاقُ القول بأنه حرامٌ، ويدل عليه أثر عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ.

ومنهم: من أطلق حلَّه، وعلَىٰ ذلك جرَى الإِمَامُ، وصاحبُ الكتابِ، وقد رجَّح له ما رُوِيَ أنَّ امرأةً أتتِ النبيَّ ـ ﷺ ـ فقالَتْ: إنِّي نذَرْتُ أن أضرِبَ بالدُّفِّ بين يدَيْك إن رجعت من سَفَرك سالماً، فقال ـ ﷺ ـ «أَوْفِي بِنَذْرِكَ»[(١)] وأيضاً، فقد يُراد إظهار السرور؛ لأسباب حادثة، كما يراد للإملاك والختانِ، وحيث قلْنا بالحلِّ، فذلك، إذا لم يكُنْ فيه جلاجلُ، وإن كان، فوجهان:

أشْبَهُهُمَا: الحِلُّ أيضاً، وبه أجاب صاحبُ الكتاب ههنا، وفي «الإحياء» ولا يحرم ضرب الطبول إلا الطبلَ الَّذي يُسمَّى الكوبة، فإنه حرامٌ؛ لما رُوِيَ أنه ـ ﷺ ـ قال: «إنَّ اللَّه حَرَّمَ عَلَىٰ أُمَّتِي الْخَمْرَ، وَالْمَيْسِرَ وَالْكُوبَةَ»[(٢)] في أشياءَ عدَّها، والكُوبةُ الطَّبْل المتَّسِع الطرفَيْن الضيِّقُ الوَسَط، قال الإمام: وليس فيه من جهة المعْنَى ما يميِّزه عن سائر الطُّبول إلاَّ أن المخنثين يعتادُون ضَرْبَه ويتولَّعون به، قال: والطبولُ الَّتي تهيَّأ لمَلاَعب الصبيان، وإن لم تُلْحق بالطبول الكبارِ، فهي كالدُّفِّ، وليست كالكوبة بحالٍ، والضربُ بالصفافيرِ حرامٌ كذلك ذكره الشيخ أبو محمَّدٍ وغيره، لأنه من عادة المخنَّثين، وتوقَّف الإمام فيه؛ لأنه لم يرد فيه خبر بخلاف الكوبة، وفي ضَرْب القضيب على الوسائد وجْهان؛ الذي أورده العراقيون: أنه مكروهٌ غيْرُ محرَّم؛ لأنه لا يفرد عن الغناء، ولا يضْرب وحده بخلاف الآلاَت المُطْرِبة، وأشار صاحبُ «التهذيبِ» إلَىٰ ترجيح التحريم، والرقْص غُيْرُ محرَّم، فإنه مجرَّد حركاتٍ على ٱستقامةٍ، ومشْهُورٌ أن النبيَّ ـ ﷺ ـ وقَفَ لعائِشَةَ ـ رضي الله عنها ـ يَسْتُرها حتَّىٰ نظَرتْ إلى الحبَشَةِ، وهمْ يلعبون، ويَزْفِنُون[(٣)]، والزَّفَن هو الرقْصُ، نعم، قال الحُلَيْميُّ الرقْصُ الذي فيه تكسُّرٌ وتثَنٍّ، ويشبه أفعالَ المخنَّثين، حرامٌ على الرجاله والنِّسَاءِ.

---

(١) تقدم.

(٢) رواه أحمد وأبو داود وابن حبان والبيهقي، من حديث ابن عباس بهذا، وزاد: وهو الطبل، وقال: كل مسكر حرام، وبين في رواية أخرى أن تفسير الكوبة من كلام راويه علي بن بذيمة، ورواه أبو داود من حديث ابن عمرو، وزاد: والغبيراء، وزاد أحمد فيه: والمزمار، ورواه أحمد من حديث قيس بن سعد بن عبادة.

(تنبيه): الغبيراء اختلف في تفسيرها فقيل: الطنبور، وقيل: العود، وقيل: البربط، وقيل السكركة بضم الكاف الأولى وتسكين الراء: مزر يصنع من الذرة أو من القمح.

(٣) متفق عليه عن عائشة عن طرق.

الرابعة: إنشاءُ الشِّعْر فبالجملة وإنشادُهُ والاستماعُ إِلَيْه جائزٌ، كيف لا، وكان للنبيِّ - ﷺ - شعراءُ يَصْغِي إِلَيْهِمْ، حَسَّان بْنُ ثابتٍ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ - رضي الله عنهما - واستنشد الشريد شعر أمية بنِ أبي الصَّلْت، واستمع إليه، وفي حفْظ دواوين العَرَب أبلغُ معونةٍ علَىٰ دَرْك أحكام الكتاب والسنّة ومعانيهما، وقال الشافعيُّ - رضي الله عنه -: «الشِّعْرُ كَلاَمٌ، فَحَسَنُهُ كَحَسَنِهِ، وَقَبِيحُهُ كَقَبِيحِهِ» وفضله على الكلام أنَّه سائرٌ، وإنْ هجا الشاعِرُ في شعْرِه بما هو صادقٌ فيه أو كاذبٌ رُدَّتْ شَهَادَتُه؛ لذلك قال القاضي الرويانيُّ: وليس إثمُ حاكِي الهَجُو كإِثْمِ مَنْشِئِهِ[١]، ويُشْبِه أن يكون التعريضُ هجْواً كالتصْريح، وقد يزيد بعض التعْريض علىٰ التصريح، وقال القاضي ابن كج: لا يكونُ التعريضُ هجواً[٢]، وكذلك تُرَدُّ شهادة الشاعِرِ، إذا كان يفحش أو يشبِّب بامرأةٍ بعَيْنها لِمَا فيه من الإِيذاء والإِشهار والقَذْف إنْ صَرَّح، وإن كان صادِقاً في أنَّه فعل كذا، فلفِسْقه بما أخْبَر عنه أيضاً، وكذا تُرَدُّ شهادَتُه، لو كان يصف الأعضاء الباطنة؛ لما فيه من هَتْك السِّتر، فإن كانَتِ التي شَبَّب بها جاريَتَهُ، أو زوجَتَه، فمن الأصحاب مَنْ قال بأنه يجُوز، ولا تُرَدُّ شهادَتُه، وهذا القائل يقول: لو لم تكن المرأةُ معينةً لا تردُّ شهادته لجواز أن يريدَ من تحِلُّ له، ومنهم من قال: تُردُّ شهادتُهُ إذا كان يذْكُر جاريته أو زوجته بما حقُّه الإِخفاء؛ لأنه ساقِطُ المروءة، وهذا هو الحقُّ، علَىٰ ما سيأتي في «فضْل المروءةِ» ولو كان يشبِّب بغلام، ويذْكُر أنه يعْشَقُه، قال القاضي الرويانيُّ يفسق، وإن لم يعين؛ لأن النظَر بالشَّهْوة إلَى الذكور حرامٌ بكل حال، وفي «التهذيب» وغيره: اعتبارُ التعْيين في الغُلام، كما في المرأة، وإذا كان يمْدَحُ الناسَ، ويُطْرِي نُطِر؛ إن أمكن حمْلُه على ضَرْب مِبالغةٍ، فهو جائز، ألاَ تَرَىٰ أن رسُول الله - ﷺ - قالَ لِفَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ: أَمَّا مُعَاوِيَةُ، فَصُعْلُوكٌ؛ لاَ مَالَ لَهُ، وَأَمَّا أَبُو جَهْم، فَلاَ يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ[٣] ومعلومٌ أنه كان يضَعُ كثيراً، وإن لم يكُنْ حملُه على المُبالَغةِ، وكان كذباً محْضاً، فهل هو كسائر أنواع الكَذِب، قال عامة الأصحاب - رحمهم الله - وهو ظاهر كلام الشافعيِّ - رضي الله عنه -: نعم، حتَّى إذا أكثر منه، رُدَّتْ شهادته، كما إذا أكثر الكَذِبَ في غَيْر الشِّعْر،

---

(١) نعم لو كان المهجو معروفاً. قال الأذرعي: فيظهر أن إثم الحاكي أعظم من إثم المنشىء إذا كان قد سمعه منه سراً فأذاعه وهتك به ستر المهجو.

(٢) ومحل تحريم الهجاء إذا كان لمسلم، فإن كان لكافر أي غير معصوم جاز كما صرح به الروياني وغيره لأنه ﷺ أمر حساناً بهجاء الكفار ومن هنا صرح الشيخ أبو حامد بأنه مندوب ومثله في جواز الهجو المبتدع كما ذكره الغزالي في الإحياء والفاسق المعلن كما قاله العمراني وبحثه الأسنوي وظاهر كلامهم جواز هجو الكافر المعين وعليه فيفارق عدم جواز لعنه بأن اللعن الإبعاد من الخير ولاعنه لا يتحقق بعد منه فقد يختم له بخير بخلاف الهجو.

(٣) تقدم في النكاح.

وعن القفَّال والصيدلانُي: لا يلتحق بالكذب؛ لأن الكاذبَ يَرَى الكَذِبَ صدْقاً، ويروِّجه، ولَيْس غَرضَ الشَّاعِر أن يَصْدِق في شِعْره، وإنَّما هو صناعة، وعلَىٰ هذا، فلا فَرْق بين القليل والكثير، وهذا حسنٌ بالغٌ، وينبغي أن يُقَالَ على قياسه: إن التَّشْبِيب بالنِّساء والغلمان من غير تَعْيين لا يخلُّ بالعدالة، وإن أكثر منه؛ لأن التَّشْبِيب فَنٌّ وغَرَضُ الشاعر إظهارُ الصنعة في هذا الفَنِّ تحقيق المذكور، وكذلك ينبغي أن يكونَ الحُكْم لو سمَّى امرأةً لا يدْري من هي.

الخامسة: القولُ في تحْريمُ لُبْسِ الحرير وتحريم الجلوس علَيْه والتحلِّي بالذهب قد سبق في صلاةِ الخَوْف والعِيدَيْن والزكاةِ، فلا نعيدُه، بقي في الفَصْل بعْدَ هذه المسائِلِ كلامان: .

أحدُهُمَا: ما حكَمْنا بإباحته في هَذِهِ الصُّورة يقتضي الإِكْثَار منه ردَّ الشهادةِ، لِكَوْنِه خَارِماً للمروءة فمن داوم على اللَّعِب بالشِّطْرنج والحَمَام، رُدَّتْ شهادته، وإن لم يقترن به ما يوجِبُ التحريم؛ لِمَا فيه من ترك المروءة، وكذا من داوم علَىٰ سماع الغناء أو على الغناء، وكان يأتي النَّاسَ ويأتيه الناسُ لذلك، وكذا، لو اتخذ غلاماً أو جارية ليغنيا للنَّاس، وكذا المداومةُ على الرقْص وضرْبِ الدفِّ، فإنَّ الإِكثار من جميع ذلك إعراضٌ عن الجِدِّ ودخُولٌ في زمرة الهازلين الذين تشوبُهُم الظُّنون، ولا يوثَقُ بقولهم، وكذا إنشاءُ الشِّعْر وإنشادُهُ، إذا أكثر منه، فترك به مُهِمَّاتِه، كان خارقاً حجابَ المُرُوءة، كذا ذكره الإمامُ، قال: وكذا الشاعرُ يكتسب بشِعْره، والمَزْجعُ، في المداومة والإِكثارِ إِلى العادَةِ، ويختلف الأمر فيه بعادات النَّواحِي والبلادِ، ويُسْتَقْبَحُ قدر من شخْصٍ لا يُستقبحُ من غيره، وللأمكنة تأثيرٌ فيه أيضاً، فاللعب بالشِّطْرنج في الخلوة مراراً لا يكون كاللَّعِب مرَّةً في السوق علَىٰ ملأ من الناس، وقد ينساق هذا إِلَىٰ أن يُقَالَ: لما استمرت العادةُ بأن الشَّاعر يكتسب بشِعْره وعدّ صنعة الغناء المباح حرفةً ومكسباً، فالاشتغالُ به ممن يليق بحاله لا يكون تركاً للمروءة، وكلامُ الأصحابِ محمُولٌ على من لا يليق بحالهِ وقدْ رأيتُ ما ذكرته في الشَّاعر يكتسب بشِعْره لابن القاصِّ، والله أعلم.

وقوله في الكتاب يخرم المُروءة في حق بعض الناس «فيه إشارة إلى ما ذكرنا.

الثاني: ما حكمنا بتحريمه في هذه المسائل كالنَّرْد، وسماع الأوتار، ولُبْسِ الحرير، والجُلُوسِ عليه، فهو من الكبائر حتَّى تردَّ الشهادة بالمرَّة الواحدة أو من الصَّغائر حتى يُعْتَبَر المداومةُ والإِكثارُ منه وجهان؛ ميل كلام الإمام إِلَىٰ ترجيح أولهما، والأشبه الثانِي، وهو المذكور في «التهذيب» وغيره، وزاد الإِمامُ شيئاً آخرَ، فقال: لِيُنْظَر أولاً إِلَىٰ عادة القُطْر والناحية، فحيثُ يستعظمون النَّرْد، وسماع الأوتار، تُرَدُّ الشهادةُ بالمرَّة الواحدة؛ لأن الإِقدامَ في مثْل تلْك الناحيةِ لا يكونُ إلاَّ من جَسُور منحلٍّ عن ربقة

المروءة، فتسقط الثقة بقوله، وحيث لا يستعظمون، لا يكُونُ مطْلَقُ الإقدام مُشْعِراً بتَرْكِ المبالاةِ، وسقطِ «المروةِ» فحينئذٍ يقع النظر في أنه من الصَّغائر أو الكبائر، وهذا ما عناه صاحبُ الكتاب بقوله «إلا في بلدة يَعْظُم عندهم» إلى آخره أي فتردُّ شهادته، وإن لم يَفْسُق وقوله: في أول الفصل «واللعب بالشطرنج» ليعلم «الشطرنج» بالحاء والميم والواو، «والحمام» بالحاء، والميم و «سماع الغناء» بالواو، وكذا قوله: «وإن كان فيه جلاجلُ» وكذا لفظ «النّرد» والمعازفُ هي الملاهِي التي يُلْعَبُ بها يُقَالُ: عَزَفَ عَزْفاً، واسْمُ المعَازِفِ تشْمَل الأوتار، والمزامِيرَ.

وقوله: «وما هو من شِعَار الشُّرْب» الشَّرب جمع شَارِبٍ كصَاحِبٍ وصَحْبٍ، ويمكن أن يقرأ بضم الشِّين أي شِعَار شُرْب الخمر.

وقوله: «ولكن لا تُرَدُّ الشهادة بالمرَّة الواحدة» يعلم بالواو.

وقوله: «وليس يخلو الإنسانُ عن كِذْبَةٍ» إلى آخره محْضُ تكرارٍ، وقد ذكر في الفصل السابق ما يفيد معناه.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَالنَّصُّ أَنَّ الحَنَفِيَّ إِذَا شَرِبَ النَّبِيذَ حُدَّ وَقُبِلَتْ شَهَادَتُهُ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ لاَ يُحَدُّ، وَوَجْهٌ أَنَّهُ لاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الخَمْرُ العِنَبِيَّةُ التي لم يَشبْهَا ماءٌ ولا طُبِخَتْ بنارٍ محرَّمةٌ بالإجماع، ومن شربها عالماً بحالها، فهو محدودٌ مردود الشهادةِ، سواءٌ شرِبَ قدراً يُسْكِر أو قدراً لا يسكر، قال أصحابنا العراقيون: وكذلك حُكْمُ بائِعِها ومُشْتَرِيها في ردِّ الشهادة ولا تُردُّ الشهادة باتِّخَاذها وإمساكها، إن قصد به التخلل أو التخليل، والمطْبُوخ من عصير العنب المختلَفِ في تحريمِهِ وسائرُ الأنبذة، إن شَرِب منها القدْرَ المُسْكِر، يُحَدُّ وتردُّ شهادته أيضاً، وإنْ شرب منها القَلِيلَ، فإما أن يعتقدَ إباحَتَه، كالحنفيِّ، أو يعتقدَ تَحْرِيمه، أما الأولُ، ففيه ثلاثةُ أوْجُه:

أحدُها: أنّه لا يحدُّ، لشبهة اختلاف العلَماءِ، ولا تردُّ شهادته، لأنه لم يرتكبْ ما يعتقدُهُ محظوراً حتَّىٰ يسقط الوثُوقُ به.

والثاني: وبه قال مالكٌ: أنه يُحَدُّ وتُردُّ شهادته، أما الحدُّ، فلُقوَّةِ أدلَّة التحريم والحاجَةِ إلى الزَّجْر، وأما ردُّ الشهادة؛ فلأنه شَرِبَ ما يُسْكِر، فتردُّ شهادَتُه، كما لو سكر.

وثالثُها: وبه قَالَ أحمدُ: أنه يُحَدُّ ولا تُرَد شهادَتُه، وهو الأظْهَر عند عامَّة الأصحاب ـ رحمهم الله ـ، واستبعده المُزَنِيُّ، فقال: الحد أعظمُ من ردِّ الشهادة، فكيف يحَدُّ ولا تردُّ شهادته، قيل: هذا ذهابٌ منه إلَىٰ أنه تردُّ شهادته، قيل كما يحدُّ، وقيل: بل إلَىٰ أنه لا يحدُّ كما لا تردُّ شهادته، وأجاب الأصحاب بأن الحد إلى الإمامِ، فاعتبر

فيه اعتقاده، وردُّ الشهادةِ يَعْتَمِد عقيدةَ الشَّاهد، ولهذا لو غَصَب جاريةً وَوَطِئَها على اعتقادِ أنه يَزْنِي ثم تبيَّن أنَّها كانتْ مملوكتَهُ يفْسُق وتردُّ شهادته، ولو وطىء جاريةَ الغَيْر عَلَىٰ ظنٍّ أنها جاريتُهُ لا تردُّ شهادته، وأيضاً، فإنَّ الحدَّ للزجْرِ، وشرْبُ النبيذ يحتاج إلى الزجر ورد الشهادة لسقوط الثقة بقوله إذا لم يعتقد التحريم، لم تسقط الثقة، وأما إذا كان الشاربُ ممَّن يعتقدُ تحريمه، فإن قلْنا يُحَدُّ معتقِدُ الحِلِّ، فهذا أولَىٰ، وإن قلْنا لا يُحدُّ، فوجهان.

أظهُرهما: المنْعُ أيضاً؛ لشبهة ٱلاختلاف، وأما ردُّ الشهادة، فإنْ ردَدْناها هناك، فههنا أولَىٰ، وإن لم نردَّها، فوجهان:

أحدهما: أن الجوابَ كَذَلك؛ لأنَّ استحلال الشَّيْء أشدُّ من فعله، وإذا لم تردَّ شهادة مستحلِّ الشُّرْب، فشهادة الشارب أولَىٰ، وعلى هذا فإنما نحكم بالفسق وردِّ الشهادة، إذ ارتكب مُجْمعاً على تحريمه.

والثاني: أنها تردُّ؛ لأنه، إذا لم يرتكبْ ما يعتقده محْظوراً، لم تؤْمَنْ جرأته عَلَىٰ شهادة الزور وسائِرِ المحْظُورات، والأظْهَرُ من الوجْهَيْن الأولُ عنْد ابن الصَّبَّاغ وصاحب «المهذب» وَيُحْكَىٰ عن ابن أبي هُرَيْرَة، والثاني عند القاضي أبي الطيِّب الرويانِّي وغيرهما، ويحكى، عن أبي إسحاق، وهو الذي أورده الإمامُ ويوافقُه ما حَكَى الرويانيُّ في «جمع الجوامع» عن القفَّال أنَّ من نكح بلا وليٍّ، ووطىء، لا تُرَدُّ شهادتُه، إن اعتقد الحِلَّ، وتُردُّ، إن ٱعتقد التحريمَ، وعلى هذا قياسُ سائر المجتهدات، لكنْ قد حُكِيَ عن نص الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ أنه لا تُردُّ شهادةُ المستحلِّ لنكاحِ المُتْعَة، والمفْتي به والعَامِلِ به، ونقل أبو الفيَّاض مثْلَه[1] في تتمة «الجامع الصغير» لأبي حامد القاضي، والفَرْقُ في الحدِّ حيث أوجبناه في شرْب النبيذ على الظاهر، ولم نوجبْه في الوطء بالنكاح بلا وليٍّ مذكورٌ في النكاح.

وقوله في الكتاب «إذا شرب النبيذَ» يعني القدْرَ الذي لا يسكر، فأما إذا شرب ما أسْكَره، فَسَق بلا خلاف، وأعْلِم قولَهُ «وقُبِلَتْ شهادَتُه» بالميم، وقوله «لا يحدُّ» بالألف؛ لما عرَفْتَهُ، والله أعلم.

---

(١) قال النووي: قال ابن الصباغ: قال في «الأم» إذا أخذ من النثار في الفرح لا ترد شهادته، لأن من الناس من يحل ذلك، وأنا أكرهه، قال في «الأم»: ومن ثبت أنه يحضر الدعوة بغير دعاء من غير ضرورة، ولا يستحل صاحب الطعام، وتكرر ذلك منه، ردت شهادته، لأنه يأكل محرماً إذا كانت الدعوة دعوة رجل من الرعية، وإن كانت دعوة سلطان، أو من يتشبه بالسلطان فهذا طعام عام، فلا تأثير به. قال ابن الصباغ: وإنما اشترط تكرر ذلك، لأنه قد يكون له شبهة حتى يمنعه صاحب الطعام، فإذا تكرر، صار دناءة، وقلة مروءة.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الوَصْفُ الثَّانِي: المُرُوءَةُ: فَمَنْ يَرْتَكِبُ مَا لاَ يَلِيقُ بِأَمْثَالِهِ مِنَ المُبَاحَاتِ بِحَيْثُ يُسْخَرُ به كَالفَقِيهِ يَلْبسُ القَبَاءَ وَالقَلَنْسُوَةَ وَيَأْكُلُ وَيَبُولُ فِي الأَسْوَاقِ أَوْ أَكَبَّ عَلَى اللَّعبِ بالشِّطْرَنْجِ أَوِ الحَمَامِ أَوِ الرَّقْصِ أَوِ الغِنَاءِ فَكُلُّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى خَبَلٍ فِي عَقْلِهِ أَوْ قِلَّةِ مُبَالاَةٍ فِيهِ فَتَسْقُطُ الثِّقَةُ بِقَوْلِهِ وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بالأَشْخَاصِ وَالأَحْوَالِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ شَهَادَةَ الكَنَّاس والدَّبَّاغ وَالحَجَّام وَالحَائِكِ وَذَوِي الحِرَفِ الخَسِيسَةِ مَقْبُولَةٌ إِذَا كَانَ ذَلِكَ مِنْ صنعَةِ آبَائِهِمْ، فَأَمَّا ٱخْتِيَارُ ذَلِكَ مِمَّنْ لاَ يَلِيقُ بِهِ يَدُلُّ عَلَى خَبَلٍ فِي العَقْلِ وَيَخْرُمُ المُرُوءَةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الأَشْهَرُ والأَحْسَنُ من ٱصطلاح الأصحاب ـ رحمهم الله ـ إخراجُ المروءة عن حدِّ العدالةِ، وعدُّ المروءة صفَةً برأسها، وعلَىٰ ذلك جَرَىٰ في الكتاب، ومنهم مَنْ يُدْرِج المروءة في العدالة، وكذلك السابقة، وهي التكليفُ، والإِسلامُ، والحريَّةُ، ويقولُ: العدل هو الذي تعتدلُ أحواله دِيناً ومُروءةً وأحكاماً، فالاعتدال في الدِّين أن يكونَ مُسْلِماً عفيفاً، وفي المُروءة ما يبينه هذا الفصلُ، وفي الأحكام: ألاَّ يكونَ نَاقِصَ الحكْم بِصِباً أو جنونٍ أو رِقٍّ، والفقهُ أنه لا يُقْبَلُ شهادةُ من لا مُروءة له، لأن طرح المُروءة، إما أن يكون بخبَلٍ ونقصانٍ أو لقلَّة مبالاةٍ وحياءٍ، وعلى التقديرَيْن تَبْطُل الثقَةُ والاعتمادُ بقوله: أما المُخَبَّل، فظاهر، وأما من لا حياء له فيصنع ما شاء على ما ورد معناه في الحديث(١)، وفي ضَبْط المروءةِ عباراتٌ متقاربةٌ، قيل: صاحبُ المروءةِ هو الذي يَصُون نفْسَه عن الأدناس، ولا يشينها عنْد الناس، وقيل: الذي يتحرَّز عما يُسْخَر منه ويُضْحك به، وقيل: الذي يسير سيرةَ أمثاله في زمانه، وكأنه ممن ترك المروءة لبس ما لا يليق بأمثاله كما إذا لبس الفقيهُ القَبَاء والقَلَنسُوة وتردد فيهما في البلاد التي لم تجر عادة الفقهاء فيها بلبس هذا النوع من الثياب كما إذا لبس التَّاجرُ ثَوْب الجمَّالين، أو تعمَّم الجَمَّال، أو تَطَيْلَسَ، أو ركِبَ البغْلَة الثمينة، وتطوَّف في الأسواق مكشُوفَ الرأْس، ويتخذ نفْسه ضحكةً، ومنه المشْيُ في الأسواق مكشوفَ الرأس والبدن، إذا لم يكُنِ الشخصُ ممَّن يليق به مثلُه، وكذا مدُّ الرِّجلَيْن في مجالس الناس، ومنه الأكلُ في السوق، والشُّرْب من سقايات السوق، إلا أن يكون الشخصُ سُوقيّاً أو شَرَبِ لغَلَبة عَطَش، ومنه أن يُقَبِّلُ الرجلُ زوجتَهُ أو جاريتَهُ بيْن يدَي الناس، وحَكَىٰ لهم ما يجري في الخَلْوة، وأنْ يكثر من الحكايات المضْحِكَة، ومنْه: أن يخرج عن حسن العشْرة مع الأهْل والجيران، والمعامِلِينَ، ويضايق في اليسير الذي لا يستقصى فيه،

---

(١) كأنه يشير إلى حديث: إذا لم تستحي فاصنع ما شئت. رواه البخاري وأحمد والطبراني من حديث أبي مسعود البدري.

ومنه الإكباب على اللَّعِب بالشِّطْرنجِ والحَمَام والغناءِ علَىٰ ما سبق، ومنه أن يبتذل الرجُلُ المعتبرُ بنقل الماء والأطعمة إلَىٰ بيته، إذا كَان ذلك عن شحٌ وضنَّة وإذا كان عن اْستكانةٍ واقتداء بالسَّلَف التارِكِينَ للتكليف، لم يقدح ذلك في المُروءة، وكذا لو كان يلبس ما يجدُ ويأكل حيث يجدُ؛ لتعلُّله وبراءته من التكلُّفات العاديَّة، وهذا يعرف بتناسب حال الشخْص في الأعمال والأخلاق وظُهُورِ مخايِلِ الصِّدْق ولا يبديه، وقد يُؤثِّر فيه الزيّ واللبسة وأهل الحِرَفِ الدنيَّة؛ كالحجَّام والكنَّاس والدَّبَّاغ والقَيِّم في الحمام والحَارِس والنَّخَّال، قال صاحبُ «التهذيب» وغيره: والإسكافُ والقَصَّاب في شهاداتهم وجهان:

أحدهُمَا: أنها لا تُقبَل؛ لأن اشتغالهم بهذه الحِرَف ورضَاهُمْ بها يُشْعِر بالخسَّة وقلَّة المروءة.

فأصحهما: القَبُول، لأنَّهَا حرفٌ مباحةٌ، والناسُ محتاجون إلَيْها، ولو ردَدْنا شهادتهم، لم يُؤْمَن أن يتركُوها، فيعمَّ الضررُ، وفي الحياكة طريقان:

أحدُهُمَا: القطْع بالقبول، واختاره القفَّال، توجهاً بأن محلَّ عملهم ما هو محلّ عمل الخياط، إلا أن هذا منسوج وذلك غير منسوج.

وأشبَهُهُمَا: طرد الوجهَيْن، لإزراء الناس بهِمْ، وعدِّهم النسبة إلى الحياكةِ سبّاً وإيذاءً، وَحَكَىٰ أبو العباس[١] وجْهاً فارقاً بَين ما يُحْوِج إلَىٰ مخامَرَةِ القاذورات، والنجَاسَات وبَيْن ما لا يحوج إلَيْه، فيقع الحارسُ والنَّخَّالُ والحائِكُ في القسْم الثانِي، والباقُونَ في الأوَّل، وفي كتاب القاضي ابن كج أنَّ بعْضَ الأصحاب ألحقَ الصَّبَّاغِينَ والصَّوَاغِينَ بمَنْ تُرَدُّ شهادتهم، والصَّحيحُ القطعُ بالقبول، نعم، من يكثر منهم ومن سائر المحترفة الكذب والخُلْفَ في الوعد، تُردُّ شهادته لذلك، ثم الكلام في موضع الوجهَيْن من وجهَيْن:

أحدُهُما: قال صاحبُ الكتابِ: الوجهان فيمن يليقُ به هذه الحِرَفُ، وكان ذلك من صنعة آبائه، فأما غيره، إذا اختارها، واشتغل بها، سقَطَت مُرُوَّته، وهذا حَسَنٌ، وقضيته أن يُقَالَ: الإسكافُ والقَصَّاب، إذا اشتغلا بالكَنْس بَطَلَتْ مروءتهما بخلاف العَكْس[٢].

والثاني: الَّذِينَ يخامِرُون النَّجَاساتِ، إنَّما يجري فيهم الوجْهان، إذا حافَظُوا على الصلوات، واتخذوا لها ثياباً طاهرةً، وإلا، فتردُّ شهادتُهم بالفِسْق[٣].

---

(١) في ز: الفياض.

(٢) قال النووي: لم يتعرض الجمهور لهذا القيد، وينبغي أن لا يقيد بصنعة آبائه، بل ينظر هل يليق به هو أم لا.

(٣) قال في القوت: قال القاضي الحسين إن استعمل الإسكاف شعر الخنزير ولم يغسل ثوبه ويديه منه، لم يقبل منه وكذا إن غسلهما في الأصح وإن استعمل غيره وغسل النجاسة قبلت شهادته على الأصح. وفي تعليق البغوي أن استعمال الهلب هل يكون فسقاً يحتمل وجهين إن قلنا فسق ردت شهادته وإلا فوجهان، انتهى.

فَرْعٌ: الذي يترك السُّنَنَ الرواتِبَ وتسبيحاتِ الرُّكوع والسُّجودِ أحياناً، لا تُرَدُّ شهادته، وإن اعتاد تركَها رُدَّتْ شهادتُهُ؛ لتهاونه بالسُّنَنِ، ذكره في «التهذيب» وسببه إشعارُ هذا التهاوُنِ بقلَّةِ المبالاةِ والاهتمام بالمهمَّات، وحَكَى الشيْخُ أبو الفَرَجِ في غير الوتر وركعتَي الفجر من الرواتِبِ وجْهاً، أنه لا تردُّ الشهادة باعتياده تركَها، وعن نصِّ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ أن المستحِلَّ للأنبذة، إن كان يديم المقاومة علَيْها والحُضُورَ مع أهلِ السَّفَه، رُدَّتْ شهادته؛ لطرْحِهِ المروءة، وإن لم يفسق المستحلُّ وشهادةُ الطوافِ على الأبواب وسائر السؤال مقبولةٌ إلا أن يُكْثِرَ الكذبَ في دعوى الحاجة، وهو غيرُ محتاج أو يأخذ مَا لا يحِلُّ له أخذه، فيفسق لذلك، وعن أبي حنيفة ردُّ الشهادة بسبب الطَّوْفِ على الأبوابِ، وهو قضية الوجْه الذاهب إلَىٰ ردِّ شهادة أصحاب الحِرَفِ الدنيئة؛ لأن اختيارَ ذلك يدلُّ على الخسة.

وقوله في الكتاب «أو أكبَّ على اللَّعِبِ بالشطرنج أو الحَمَام، أو الرقْصِ، أو الغناءِ» مكرره، قد ذُكِرَ من قبلُ ما يفيده.

وقوله: «والحائك» يجوز إعلامه بالواو؛ لطريقة مَنْ قَطَع بقبول شهادَتِه.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **الوَصْفُ الثَّالِثُ: الانْفِكَاكُ عَنِ التُّهْمَةِ: وَلَهَا أَسْبَابٌ: الأَوَّلُ: أَنْ يَجُرَّ إِلَىٰ نَفْسِهِ بِشَهَادَتِهِ نَفْعاً كَمَنْ يَشْهَدُ أَنَّ فُلاَناً جَرَحَ مُوَرِّثَهُ، أَوْ يَدْفَعُ كَالعَاقِلَةِ إِذَا شَهِدَتْ بِفِسْقِ شُهُودِ القَتْلِ الخَطَأْ فَلاَ يُقْبَلُ، وَلَوْ شَهِدَ بِمَالٍ آخَرَ لِمُوَرِّثِهِ المَجْرُوحِ أَوِ المَرِيضِ قُبِلَ، وَلَوْ شَهِدَا لِرَجُلَيْنِ بِوَصِيَّةٍ لَهُمَا مِنْ تَرِكَةٍ فَشَهِدَ لِلشَّاهِدَيْنِ أَيْضاً بِوَصِيَّةٍ فِيهَا قُبِلَتِ الشَّهَادَاتُ (ح)، وَكَذَا رُفَقَاءُ القَافِلَةِ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عن ابن عُمَرَ ـ رضي الله عنهما ـ أن النبيَّ ـ ﷺ ـ قال: «لاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ ظَنِينٍ وَلاَ خَصْمٍ» والظنين المتهَّمُ، وللتُّهمة أسبابٌ:

منها: أن يجر إلى نفسه بشهادته نفعاً أو يَدْفع بها ضرراً، فلا تُقْبَلُ شهادةُ السيد لمكاتَبِهِ ولعبده المأذُون[1] بدَيْنٍ ولا عَيْنٍ، ولا شهادةُ الوارثِ لِمَنْ يرثه، ولا شهادةُ الغريمِ للميِّت، ولا للمفلِسِ المحْجُور عليه، وتُقْبَلُ شهادةُ الغريم لمديونه الموسِرِ،

---

(١) استثنى البلقيني من ذلك شهادته له على شخص بأنه قذفه فتقبل، قاله تخريجاً قال: ولو شهد لعبده بأن زوجته تسلمت منه الصداق من كسبه في أيام بائعه أو مشتريه وقلنا إنه يعود للبائع كله بالفسخ قبل الدخول أو شطره بالطلاق قبل الدخول وهو الأصح في أيام بائعه خلافاً للمصحح في أصل الروضة في الصداق. قال والعبد الموصي بإعتاقه لو شهد له الوارث على شخص استوفى منفعته مدة قبلت، وإن كان بعده لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً ولو استلحق عبده لقيطاً وقلنا لا يصح استلحاقه فشهد له مالكه قبلت.

وكذا المعْسِرِ قبل الحجْرِ في أصحِّ الوجهين؛ لأن قبل الحجْرِ يتعلَّق الحقُّ بذمته لا بعَيْن أمواله.

والثاني: المنع؛ لأن المِعْسر لا مطالبة عَلَيْه، فإذا أثبت له شيئاً، أثبت لنفسه المطالبة، ولا تُقْبَلُ شهادةُ الضَّامِنِ للمَضْمُون عنه بالأداء أو الإِبْرَاء ولا شهادة الوكيل للموَكِّل فيما هو وكيلٌ فيه، ولا شهادةُ الوصِّي والقيِّم في محلِّ تصرُّفهما، ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو شريكٌ فيه بأنْ يقولَ: هذه الدارُ أو العبْدُ بَيْنَنَا، ويجوز أن يشهد بالنصْف لشريكه، ولا تُقْبَلُ شهادةُ الشريك لشريكه ببَيْعِ الشِّقْصِ ولا للمشْتَرِي من شريكه؛ لأن شهادتَهَ تتضمَّن إثباتَ الشُّفْعَة لنَفْسِه، فإن لم يَكُنْ فيه شفعةٌ بأن كان ممَّا لا ينقسم، قال الشيخ أبو حامد: يُقْبَل، وكذا لو عفا عن الشفعة، ثم شَهِد، ولو شَهِد أن فلاناً جرح مورثه، لم يُقْبَل للتهمة، ولو شَهِدَ بمال آخر لمورثه المجروح أو المريضِ، نُظِر؛ إن شهد بعد الاندمال، قُبِلَ، إلا أن يكون من الأصول أو الفروع، وإن شَهِدَ قبل الاندمال، فوجهان:

أحدُهُما: وبه قال أبو إسحاق: لا تُقْبَلُ كما لو شَهِدَ أن مورثه جرح.

وأصحُّهُمَا: القبول، والفرق أن الجرح سببُ المَوْتِ الناقل للحقِّ، فإذا شهد بالجرح، فشهادته بالسبب الناقل للحق، وههنا بخلافه، وهذا الوجْهُ هو الذي أورده صاحبُ الكتابِ ههنا، وذكر الوجهين معاً في كتاب «دعوى الدم» وفي شرح «أدب القضاء» لأبي عاصم العبَّاديِّ أنه لا تُقبلُ شهادة المودع للمودع، إذا نازعه أجنبيٌّ في الوديعة؛ لأنه يستديم اليَدَ لنفسه وتنقل للأجنبي في الوديعة وكذا شهادة المرتهن للرَّاهن، لا تُقبلُ، ويقبلُ للأجنبيِّ، وأنَّ شهادة الغاصِبِ على المَغْصُوب منه لا تقبل لفسْقه، ولأنه ينقل الضمان الثابِتَ علَيْه من المستحقِّ إِلَىٰ غيره، ويدفع مؤنة الرَّدِّ، فإن شهد بعد الردِّ، قُبِلَتِ الشَّهَادة، وإنْ شَهِدَ بعْد التلف، لم تُقبلْ، لنقل الضمان، وأنَّ شهادة المشتري شراءً فاسداً بعْد ما قبض لا تُقْبل للأجنبيِّ؛ لمثل ذلك، وأنَّ شهادةَ المشتَري شراءً صحيحاً بعْد الإِقالَةِ والرَّدِّ بالعَيْبِ لا تُقْبَل للبائع؛ لأنه يستبقي لنفسه الغلاَّتِ والفوائد، إذا كان المدَّعِي يدعي المِلْك من تاريخ متقدِّم على البيع، ولو شهد بعد الفسخ بخيارِ الشرطِ أو المجلسِ، فوجهان؛ بناءً على أنهُ يرفع العقْدَ من أصله وترتد الفوائدُ إلى البائع لا مِنْ حينه، أَمْ من حينه ولا ترتدُّ، وأنه لو كان لميت دَيْنٌ على شخصَيْن، فشهد أجنبيان لرَجُلٍ بأنه أخو الميِّت، ثم شهد الغريمان لآخر بأنَّه ٱبْنُهُ، لم تُقْبل شهادة الغريمَيْن؛ لأنهما ينقلان ما وجَب للأخِ عليهما إِلَىٰ من يشهدان له بالبنوَّة بخلاف ما لو تقدَّمت شهادة الغريمَيْن، وأنه لا تُقْبَلُ شهادة الوارثين علَىٰ موت المورِّث وشهادة المَوصَىٰ لهما على موت المُوصِي، وتُقبل شهادةُ الغريمَيْن علَىٰ موت من له

الدَّيْن؛ لأنهما لا ينتفعان بهذه الشهادةِ، ولا ينظر ههنا إلى نقل الحق من شخص إلى شخص لأن الوارث خليفةُ المورِّث، فكأنه هو، ذكَر ذلك كلَّه القاضِي أبو سعْدِ الهرويُّ شارحه، وإذا شهد شهودٌ بقتل الخطأ، فشهد اثنانِ من العاقلة بِفِسْقِ الذين شَهِدُوا بالقتل لم يُقْبَلْ شهادَتُهما؛ لأنهما يدْفعَانَ ضَرَر التَّحمُّل، وكذا لو كان أحدُهُم مزكياً بجُرْح شهودِ القَتْل، وكذا لو شهد اثنانِ عَلَىٰ مِفْلِسٍ بدَيْن، فشهد غرماؤه الظاهرون بفسقهما، لم يُقْبَلْ شهادتهم، لأنهم يدْفعُون بها ضَرَر مزاحمةِ المدَّعِي ولو شهد اثنانِ لاثنين بوصيَّة من تركةٍ، فشهد المشهودُ لَهُمَا للشاهدَيْن بوصيَّةٍ من تلْك التركةِ أو شَهِدَ الواحدُ فشهد المشهود له مع آخرَ بوصيَّة للشاهدَيْن، فعن صاحب «التقريب»: أنها لا تُقْبَلُ لتهمة المواطأة، ويُقال: إنه رواه الربيع عن النصِّ، ومذهب أبي حنيفَة، وليكن المنعُ المطْلَقُ فيما إذا شَهِد الآخران قبل أن يحكم القاضي بشهادة الأوَّلَيْن، فإنْ حكم ثُمَّ شهد الآخران، فيجوز أن يختص المنعُ بالآخرين، ويجوز أن يُجْعَل بمثابةِ ما إذَا بانَ فِسْقُ الشهود بَعْد الحكم، والصحيحُ قبولُ الشهادَتَيْنِ؛ لأنَّ كلَّ بينةٍ منفصلةٌ عن الأخرَىٰ، ولا يجرُّ شاهد بشهادته نَفْعاً إلَىٰ نفسه ولا يدفع بها ضرراً؛ ولذلك نقول: رفقاءُ القافلة يجُوزُ أن يَشْهَدَ بعضُهُم لبعضٍ في قطْع الطريق، إذا قال كلُّ واحد منْهم: أخذ مالي فلانٌ، ولم يقلْ: مالَنَا، على ما هو مذكورٌ في «باب قاطع الطريق».

قَالَ الغَزَالِيُّ: الثَّانِي: البَعْضِيَّةُ: فَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ الوَلَدِ وَالوَالِدِ، بَلْ لِلْفُرُوعِ وَالأُصُولِ وَكُلُّ مَنْ يَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ، وَتَقْبَلُ(ح م) شَهَادَةُ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ للآخَرِ عَلَى أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى زَوْجَتِهِ بِالزِّنَا مَعَ ثَلاثَةٍ مِنَ العُدُولِ، وَتُقْبَلُ عَلَى الوَلَدِ وَعَلَى الوَالِدِ وَإِنْ كَانَتْ بِعُقُوبَةٍ. وَفِي حَبْسِ الوَالِدِ بِدَيْنِ وَلَدِهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ شَهِدَ بِمَالٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَ وَلَدِهِ وَأَجْنَبِيٍّ رُدَّ فِي حَقِّ وَلَدِهِ، وَفِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ وَجْهَانِ لِتَبْعِيضِ اللَّفْظِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ومن أسباب التهمة البعضيةُ، فلا يُقْبَلُ شهادةُ الوالدِ لولدِهِ، ولا لوَلَدِ ولدِهِ، وإن سَفَل، ولا شهادةُ الولَدِ لوالدِهِ، ولا لواحِدٍ من أصولِهِ، وإن علا؛ لأن المشهُود له بعضُهُ، فشهادته له كشَهَادَتِه لنفسه، وقد رُوِيَ أنه ـ ﷺ ـ قَالَ: «لاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ خَائِنٍ، وَلاَ خَائِنَةٍ، وَلاَ ظَنِينٍ فِي قَرَابَةٍ»(١) ورُوِيَ فِي الخَبَرِ «لاَ يَجُوزُ شَهَادَةُ الْوَالِدِ لِلْوَلِدِ، وَلاَ الْوَلَدِ لِلْوَالِدِ» وعن ابن القاصِّ رواية قولٍ عن القديم: أَنَّ شهادة كلِّ واحدٍ منهما للآخرَ مقبولةٌ، وبه قال المُزَنِيُّ واختاره ابْنُ المُنْذِرِ ـ رحمهما الله ـ والمَذْهَبُ الأَوَّلُ وساعدنَا عليه أبو حنيفةَ ـ رحمه الله ـ وكذلك مالكٌ فيما نقله ابنُ الصَّبَّاغ ـ رحمهما الله ـ وغيره، وفي «التهذيب» أن عنده تُقْبَلُ شهادة الولَدِ للوالِدِ، ولا تُقْبلُ شهادة الوالِدِ للولد؛

---

(١) تقدم من حديث عائشة وغيرها.

لأن الولَدَ ومالَهُ لأبيه[١]، وهذه رواية عن أحمدَ ـ رحمه الله ـ وعنه روايةٌ أخرَىٰ كمذهبنا روايةٌ ثالثة أنها تقبل من الطرفَيْن، إذا لم يظهرْ تهمةٌ بأن شهِدَ بالنكاحِ أو الطلاق أو شَهِدَ بالمال، وهو غنيٌّ، ولا تُقْبَلُ شهادةُ الوالِدِ للولَدِ وبالعكس، ولا تُقْبَلُ الشهادة لمكاتَبِ الولَدِ والوالِدِ وما دونَهُما، ولو شهِدَ اثنانِ أنَّ أباهما قذَفَ ضرَّةَ أمِّهما، ففي قبول شهادَتِهما قولانِ، ويُقَالُ: إن المُزنيَّ نقلهما في «الجامع الكبير»:

أحدُهُما: المنع؛ لأن القبول يُخرِجُه إلى اللِّعان، وأنه سببُ الفرقة فشهادَتُهما تجرُّ نفعاً إلَىٰ أمهما.

وأصحُّهُمَا: القبولُ ولا عبرةَ بمثل هذا الجرِّ وذكر في «المهذَّب»؛ أن الأول من القولَيْن القديمُ.

والثاني: الجديدُ، ويجريان فيما لو شهد أنَّه طلَّق ضَرَّةَ أمِّهما وخالَعَها، ولو ادَّعت امرأةٌ بالطلاق، وشهد لها أبناها، لم تُقْبَلْ شهادتُهما، ولو شهِدَا حسبةً ابتداءً قُبِلَتْ، وكذلك الرِّضاع، ولو شهِدَ الأبُ مع ثلاثةٍ على زوجة ابنه بالزنا، فإن سبق من الابن

---

(١) حديث: أنت ومالك لأبيه، ابن حبان من حديث عطاء عن ابن عباس وابن ماجة وبقي بن مخلد والطحاوي من طريق يوسف بن أبي إسحاق عن ابن المنكدر عن جابر، قال الدارقطني في الأفراد: غريب من حديث يوسف، تفرد به عيسى بن يونس، ورواه البزار من طريق هشام بن عروة عن ابن المنكدر، وقال: إنما يعرف عن هشام عن ابن المنكدر مرسلاً، وكذا أخرجه الشافعي عن ابن عيينة عن ابن المنكدر مرسلاً، وقال: ابن المنكدر غاية في الفضل والثقة، ولكنا لا ندري عمن قبل حديثه هذا، قال البيهقي: قد روي من أوجه أخر موصولاً لا يثبت مثلها، وأخطأ من وصله عن جابر، وقاله ابن أبي حاتم عن أبيه، وروى الطبراني في الصغير من طريق حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم عن علقمة، عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال لرجل: أنت ومالك لأبيك، وفيه معاوية بن يحيى وهو ضعيف، وقال ابن أبي حاتم عن أبيه إنما هو حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة بلفظ، إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ابنه من كسبه، فأخطأ فيه إسناداً ومتناً، انتهى. وحديث الأسود أخرجه أبو داود وابن حبان والحاكم كما سيأتي في النفقات، وروى ابن أبي حاتم في العلل من طريق أخرى عن عائشة مرفوعاً: إنما أنت ومالك سهم من كنانته، ونقل عن أبيه أنه منكر، وقال الدارقطني: روي موصولاً ومرسلاً، والمرسل أصح، ورواه الطبراني في الكبير والبزار من حديث ابن عمر، وسمرة بن جندب، وقال العقيلي بعد تخريجه من حديث سمرة: في الباب أحاديث وفيها لين، وبعضها أحسن من بعض، وأخرج أبو يعلى حديث ابن عمر أيضاً، ورواه أحمد وأبو داود وابن ماجة والبزار، من حديث مطر عن عمرو بن شعيب، عن سعيد بن المسيب عن عمر، قال البزار: لا نعلمه يروى عن عمر إلا من هذا الوجه، وقد رواه غير مطر، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وروى البيهقي من طريق قيس بن أبي حازم قال: حضرت أبا بكر الصديق قال له رجل: يا خليفة رسول الله إن هذا يريد أن يأخذ مالي كله ويجتاحه، فقال له أبو بكر، إنما لك من ماله ما يكفيك ـ الحديث ـ وفيه: أنت ومالك لأبيك، مرفوعاً، في إسناده المنذر بن زياد الطائي متروك.

قَذْفٌ، فطُولِبَ بالحدِّ، فحاول إقامة البينة، لدفع الحدِّ عن نفسه، لم تُقبْل شهادتُهُ للابن، وإن لم يقذف أو لم يُطَالِبْ بالحدِّ، وشهد الأبُ حسبةً، قُبِلَتْ شهادتُه، وهل تُقْبل شهادةُ أحَد الزوجين للآخر؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، وبه قال أبو حنيفة، ويُرْوَىٰ عن مالكٍ وأحمدَ أيضاً ـ رحمهم الله ـ لأنَّ كل واحدٍ منهما وارثٌ لا يُحْجَب، فأشبه الأب والابن.

وأصحُّهما: القَبُول؛ لأنَّ الحاصلَ بينهما عقْدٌ يطرأ ويزولُ، فلا يمنع قَبُولَ الشهادة، كما لو شهد الأجيرُ للمستأجر، وزاد بعضهُم قولاً آخر فارقاً، وهو ردُّ شهادة الزوْجَة لزوْجِها دون شهادة الزوجِ لزوجته؛ لأنَّها تستحقُّ النفقة علَيْه، فهي متهمةٌ، والأقوال كالأقوال في قطْع أحدهما بسَرَقِة مالِ الآخرِ، وحَكَىٰ صاحبُ «التهذيب» طريقةً قاطعةً بالقَبُول ورجَّحها، وتُقْبَلُ شهادة أحد الزوجَيْن على الآخر إذ لا تهمة، إلا أن الزَّوْج لا تُقبل شهادتُه علَىٰ زوجته بالزنا؛ لأنه ينسبها إلَىٰ خيانةٍ في حقه، فلا يُقْبَلُ قوله، كما إذا ادَّعى المالكُ خيانةً علَى المودَع، ولأنه خَصْمٌ لها فيما يقوله وتقبل شهادةُ الوالد على الولد، وبالعكس، فإنَّه لا تهمة، ولا فَرْقَ بَيْن أن تَكُونَ الشهادةُ بمالٍ أو عقوبةٍ، وفيه وجه أنَّه لا تُقْبَلُ شهادةُ الوَلَد على الوالد بالقصاص وحدِّ القذف؛ لأنه لا يجوز أن يكون الابنُ سبباً لعقوبة الأب، كما لا يقتصّ به، ولا يحدّ بقذفه، والظاهرُ الأوَّل ثم في الفصل فرعان:

أحدُهُما: وقد ذكره في «التفليس»: في حبس الوالد بدَيْنِ الولد وجهان، وقد ذكرنا هناك أن الأصحَّ، عند صاحبِ الكتابِ، الحَبْسُ، ويُقَالُ: إنَّه اختيار أبي زيْدٍ، وأنَّ الأصحَّ عند صاحب التهذيب، المَنْعُ قال الإمامُ، وإلَيْه صارَ مُعْظَمُ أئمتنا ـ رحمهم الله ـ ونَقَلَ وجهاً ثالثاً، وهو أنَّهُ يحبس في نفقة ولَده، ولا يحبس في سائر الدُّيون، وهذا اختيار صَاحِبِ «التلخيص» وهو قريبٌ مما حكينا عن أبي حنيفةَ هناك.

الثاني: شَهِدَ بأن هذا العَبْد أو الدار لولَده ولفلانٍ الأجنبيِّ، فشهادته في حقِّ الولد مردودةٌ، وهل تُردُّ في حق الأجنبي؛ لأن الصيغة مُتَّحِدَةٌ، وقد اختلَّت برد بعض مقتضاها أو لا تُردُّ؛ لاختصاص المانع بالولد؟ فيه وجهان، ويُقال: قولان، والخلافُ كالخلافِ المشهورِ في تفريق الصفقة بل هو هو، وقد تعرَّضنا لهذا النَّوْع في مواضع.

وإذا عرفْتَ ما ذكرنا، أَعْلَمْتَ قوله في الكتاب «فلا تُقْبَلُ» بالواو والزاي والألف.

وقولهُ: «والولد» بالميم؛ لرواية صاحب «التهذيب».

وقوله: «وتقبل شهادة أحد الزوجين» بالحاء والألف والميم.

وقوله: «على أحد القولَيْن» بالواو؛ للطريقة القاطِعَة.

وقوله: «وإن كانَتْ بعقوبةٍ» بالواو.

وقوله: «وكلُّ من يستحق النفقة لاَ حَاجَةَ إِلَيْه» لأن المقصود ههنا الاستحقاقُ بجهة القرابة.

وفي قوله: «بل الأصول والفروع» ما يفيد الضبْطَ.

فرع: عَبْدٌ في يد زيدٍ ادَّعَىٰ مدعٍ أنه اشتراه منْ عَمْرو بعْدما اشتراه عمْروٌ من زيد صاحب اليد، وقبضه، وطالبه بالتسليم، وأنكر زيْدٌ جميعَ ذلك، فشهد ابناه للمدَّعِي بما يقوله، حكى القاضي أبو سعْدٍ فيه قولَيْن.

أَحَدُهُمَا: ردّ شهادتهما؛ لتضمُّنها إثباتَ المِلْك لأبيهما.

وأصحُّهما: القَبُولُ؛ لأن المقصود بالشهَادَةِ في الحال المدَّعِي، وهو أجنبيٌّ عنهما، والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **الثَّالثُ: العَدَاوَةُ: فَلاَ تُقْبَلُ عَلَى العَدُوِّ وَتُقْبَلُ لَهُ، وَالعَدَاوَةُ هِيَ الَّتِي تُظْهِرُ الغَضَبَ وَتَحْمِلُ عَلَى الفَرَحِ بِالمُصِيبَةِ وَالغَمِّ بِالسُّرُورِ، وَتُقْبَلُ الشَّهَادَةُ لِلصَّدِيقِ وَالأَخِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ومن أسباب التُّهمة العداوةُ، فلا تُقْبَلُ شهادة العدُوِّ على العدُوِّ، خلافاً لأبي حنيفة.

لنا مَا رويَ أنَّه ـ ﷺ ـ قال: «لاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ خَائِنٍ، ولا خَائِنَةٍ، وَلاَ ذِي غُمْرٍ عَلَى أَخِيهِ»[١] وَيُرْوَى «لاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ خَصْمٍ وَلاَ ظَنِينٍ»[٢] قيل: المرادُ من الخَصْم العدُوُّ، والعداوةُ التي تُردُّ بها الشهادةُ هي التي تَبْلُغ حداً يتمنَّىٰ هذا زوالَ نعْمة ذاك، ويَفْرَح بمصيباته، ويحْزَنُ بمسراته، وذلك قد يكون من الجانبَيْنِ، وقد يكون من أحدهما،

(١) تقدم.

(٢) تقدم من طريق عبد الله بن عمرو بزيادة واو بمعناه ورواه مالك من حديث عمر موقوفاً وهو منقطع: وقال الإمام في النهاية: اعتمد الشافعي خبراً صحيحاً وهو أنه ﷺ قال: لا تقبل شهادة خصم على خصمه، قلت: ليس له إسناد صحيح، لكن له طرق يقوي بعضها ببعض، وروى أبو داود في المراسيل من حديث طلحة بن عبد الله بن عوف: أن رسول الله ﷺ بعث منادياً إنه لا تجوز شهادة خصم، ولا ظنين، وروي أيضاً والبيهقي من طريق الأعرج مرسلاً: أن رسول الله ﷺ قال: لا تجوز شهادة ذي الظنة، والجنة، يعني الذي بينك وبينه عداوة، وروى الحاكم من حديث العلاء عن أبيه عن أبي هريرة رفعه مثله، وفي إسناده نظر، وفي الترمذي من حديث عائشة في حديث أوله: لا تجوز شهادة خائن، الحديث، وفيه: ولا ذي غمر على أخيه، ولأبي داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مثله، وقد تقدما في أوائل الباب.

فيختصُّ بردِّ شهادته على الآخر، فإن اقتضت العداوةُ إلى ارتكاب ما يوجِبُ الفسق، فهو مردودُ الشهادة على الإطْلاق، وإذا عادَاهُ من يريد أن يشهَد عليه، وبالغ في خصومه، فلَمْ يُجِب، وسكَتَ، ثم شهد عليه، قُبِلتْ شهادته، وإلا اتخذ الخصماءُ ذلك ذريعةً إلَىٰ إسقاط الشهادات، هكذا حكاه القاضي الرويانيُّ عن القفَّال، وذكره جماعة، منهم صاحبُ «التهذيب» وأورد في «باب اللِّعَان» بأنَّ شهادة المقْذُوف على القاذِفِ قَبْل طلب الحَدِّ مقبولةٌ، وبعْد الطلب غيرُ مقبولة؛ لظهورِ العداوة، وأنه لو شهد بعْدَ الطَّلَب، ثم عفا، وأعاد تلْكَ الشهادة، لا يُقْبَل؛ كالفاسق، إذا شَهِد، ثم تاب، وأعاد تلْكَ الشَّهَادة[1] وأنه لو شَهِد قبل الطلب، ثُمَّ طلب قبل الحكم، لم يحكم بشهادته، كما لو فَسَق الشاهِدُ قبل الحكم، لكنْ في «تعليق الشيخ» أبي حامد وغيره: أن الشافعيَّ ـ رضي الله عنه ـ صَوَّر العدَاوَةَ الموجبة للرَّدِّ فيما إذا قذَفَ رجلٌ رجلاً، وادَّعَىٰ عليه أنَّه قطَع الطريقَ علَيْه، وأخذ مالَهُ، فقال: يصيرانِ عدُوَّيْنِ، فلا تُقْبَلُ شهادةُ واحد منهما على الآخرِ، فاكتفى بالقَذْف دليلاً على العدَاوَة، ولم يَتعرَّض لطلب الحد، قال القاضي الرويانيُّ: ولعل القفَّال أرادَ غَيْر صورة القَذْف، ثم على ما ذكره في «التهذيب»: الحكم غير منوط بأن يطلب المقذوفُ الحدَّ بل بأن يظهر العداوة؛ لأنه قال: لو شهدَ رجُلٌ علَىٰ رجلٍ، وقال: قذفني، وقذف زوجَتِي، وفلاناً، ثم تُقْبَلْ شهادتُهُ لفلان؛ لأنه أظْهَرَ العداوةَ بقوله: قذفَنِي وقذف[2] زوْجَتِي، بيْنه وبين المشهودِ عَلَيْه، ولو قال: قذف أمِّي وفلاناً، لم تُقْبَلْ شهادته للأم، وفي قبولها لفلانٍ قَوْلاَ التَّبْعِيضِ، قال: لأن سبب الردِّ في الصورة الأولَىٰ العداوةُ بينه وبينْ المشهود عليه، فيعمُّ أثرها، وسبب الرد في الصورة الثانيةِ البعضيَّةُ، فجاز أنْ يختصَّ أثرُهَا بالأمِّ والردُّ هنا للبعضيَّة، فلا يورث تهمة في غير الأم بالأم.

وقد يقول الناظِرُ: لِمَ كان قولُه: «قذَفَ زوْجَتِي» إظهاراً للعداوة، ولم يكُنْ قوله: «قذَف أمِّي» إظهاراً لها، وقد يقُول: إن كان قول المقذوف «قذفني» دليلاً على العَدَاوَةِ، فنَفْسُ قذْفِ القاذِفِ أدلُّ عليها، فهلاَّ اكتفى به كَمَا دلَّ عليه النصُّ، ولا شك أنه لو شَهِدَ علَىٰ إنسان، فقذَفِ المشْهودُ علَيْه، لم يَمْنع ذلك من الحُكْم بشهادته، وقد نصَّ عليه.

والعداواتُ الدينيَّةُ لا تُوجِبُ ردَّ الشهادة، بل تُقْبَلُ شهادة المسلم عَلى الكافِرِ والسُّنِّيِّ على المبتَدِع، وكذا من أبغض الفاسِقَ لِفِسْقه، لم تُرَدُّ شهادته عليه، ولو قال العالم الناقد: لا تسْمَعُوا الحديثَ منْ فلانٍ فإنه مخلِّطٌ ولا تَسْتَفْتُوا منْه، فإنه لا يُحْسِن الفتوى لم تردَّ شهادته لأن هذا نُصْحٌ للناسِ، نصَّ عليه الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ وتقبل

---

(١) سقط من: أ.

(٢) في ز: أو قذف.

شهادةُ العدُوِّ تهمَة، والعصبيةُ: نصَّ عليه الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ وتقبل شهادةُ العدُوِّ لعدوه إذ لا تهمَةَ، والعصبيةُ: هو أن يَبْغَضَ الرجل؛ لأنه من بَنِي فلان إنِ انضم إليها دعوةُ الناس وتألُّفهم للإضرار به، والوقيعةِ فيه، فيقتضي ردَّ شهادته عليه، ومجرَّدها لا يقتضيه، ولَيْسَ من العصبية أن يُحبَّ الرجُلُ قومه وعترته، فيقبل شهادته لهم وعليهم، ويقبل شهادة الصَّديق للصديق، كما يقبل للأخ والعمِّ وغيْرِ الأصول والفروع، وقال مالكٌ: لا تُقْبَلُ شهادةُ الصديقِ للصَّديقِ، وكذا شهادةُ الأخِ للأخِ، إذا كان منقطعاً إلَيْه بصلةِ وَبِرِّهِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَتُقْبَلُ شَهَادَةَ المُبْتَدِعَةِ إِذِ الصَّحِيحُ أَنَّهُمْ لاَ يُكَفَّرُونَ، وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ يَطْعَنُ عَلَى الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَيَقْذِفُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا لأَنَّها مُحْصَنَةٌ بِنَصِّ الْكِتَابِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: جُلُّ الفقهاء من أصحابنا وغير أصحابنا يَمْتَنِعُونَ من تكفير أهل القبلة، نعم اشتهر عن الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ تكفيرُ الَّذِينَ ينْفُونَ علْمَ الله تعالَىٰ بالمعدوم، ويقولون: لم يعلَمْ إلا الأشياء حتَّى يَخْلُقَها، وَرَوَى العراقيُّون عنه تكفير النَّافين للرُّؤْيَة، والقائلين بخَلْق القرآن، وأولَّه الإمام ـ رحمه الله ـ وقال: ظنّي أنه نَاظَر بعْضَهم، فألزمه الكُفر في الحِجَاجِ، فقيل: إنَّه كَفَّره فيمَنْ[1] يكفر، ولا تُقْبَلُ شهادته، ومن لا يُكَفَّر من أهل البدَع وأهواء، نصَّ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في «الأم والمختصر» علَى قبول شهادتهم، إلا شهادةَ قَوْم يَرَوْنَ الكَذِبَ كفراً، ويشهد أحدُهم لصاحبه، إذا سمعه يقول: لي على فلانٍ أو عنْده كَذَا، فيصدقه بيمينٍ أو بغَيْر يمينٍ، ويشهد له اعتماداً علَىٰ أنه لا يكذب وهؤلاء يُسَمَّوْنَ الخَطَّابِيَّةَ، والأصحابُ فيه عَلَىٰ ثلاثةِ فِرَقٍ، ففرقةٌ جرَتْ على نصِّه في الكتابَيْن، وقبلت شهادةَ جَمِيعهم، وهم الأكثرون، منهم ابن القاصِّ، وابن أبي هريرة، والقفَّال، والقضاةُ ابن كج، وأبو الطيِّب، والرويانيّ ـ رحمهم الله ـ ووجَّهوه بأنَّ هؤلاء مُصِيبُون في زعْمهم، ولم يظْهَر منهم ما يسقط الثقة بقولهم، وفيهم طوائفُ يشدِّدون أمر الكذب، فيتأكد الظَّنُّ بصدقهم، وإلى هذا أشار الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ بقوله: وشهادةُ من يَرَىٰ كِذْبه شِرْكاً بالله ومعصيةً يَجِبُ بها

---

(١) قال النووي: أما تكفير منكري العلم بالمعدوم أو بالجزئيات، فلا شك فيه، وأما من نفي الرؤية أو قال بخلق القرآن، فالمختار تأويله، وسننقل إن شاء الله تعالى عن نصه في «الأم» ما يؤيده، وهذا التأويل الذي ذكره الإمام حسن، وقد تأوله الإمام الحافظ الفقيه الأصولي أبو بكر البيهقي رضي الله عنه وآخرون تأويلات متعارضة، على أنه ليس المراد بالكفر الإخراج من الملة، وتحتم الخلود في النار. وهكذا تأولوا ما جاء عن جماعة من السلف من إطلاق هذا اللفظ، واستدلوا بأنهم لم يلحقوهم بالكفار في الإرث والأنكحة، ووجوب قتلهم وقتالهم وغير ذلك.

النارُ أولَىٰ أنْ يطيب النَّفسُ بقبولها مِنْ شهادة من يخفِّف المأثم فيه وقبل هؤلاء شهادة من يسب هؤلاء الصحابة والسَّلف ـ رضي الله عنهم ـ فإنه يقدم عليه عَنِ اعتقادٍ لا عَنْ عداوةٍ، قالوا: ولو شَهِدَ خطابيٌّ، وذكر في شهادته ما يَقْطَع احتمالَ الاعتمادِ عَلَىٰ قول المدَّعِي؛ بأن قال: سَمِعْتُ فلاناً يقر بكذا لهذا ورأيته أقره، قُبِلَتْ شهادته.

وفرقة أخرَىٰ منهم الشيخ أبو حامد ومن يحذو حذوه حملوا النصَّ على المخالِفِينَ في الفُرُوع، وردُّوا شهادة أهل الأهْوَاء كلِّهم، وقالوا: إذا ردَدْنا شهادَة من نفسِّقه، فأولَىٰ أن نرُدَّ شهادَةَ من نضلِّله، وننسبه إلى البدعة.

وفرقةٌ ثالثةٌ توسَّطوا، فردَّت شهادةَ بعْضهم دون بعض، فعنْ أبي إسحاق أنه قال: من أنكر إمامةَ أبِي بَكْرٍ ـ رضي الله عنه ـ رُدَّتْ شهادتهُ؛ لمخالفة الإِجْمَاع ومن فضّل عليًّا على أبي بَكْر ـ رضي الله عنهم ـ لم تُرَدَّ شهادته، وردَّ الشيخ أبو محمَّد شهادةَ الذين يسُبُّون الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ ويقْذفُون عائشةَ ـ رضي الله عنها ـ فإنَّها محصَنَةٌ على ما نطَقَ به القرآنُ، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلاَتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النور: ٢٣] وقَذْف سائر المحصنات يُوجِبُ رَدَّ الشهادة، فقَذْفُها أولَىٰ، وعلى هذا جَرَى الإِمامُ وصاحبُ «التهذيب» والمصنِّف ـ رحمهم الله ـ وخَيْرُ الأمور أوساطها، وفي «الرقْم» أن شهادة الخَوَارجِ مردودةٌ؛ لتكفيرهم أهل القبلة[١]، ووافق أبو حنيفةَ الفرقَةَ الأولَىٰ من الأصحاب، ومالكٌ الثانية، وأحمدُ ردَّ شهادة ثلاثةِ أصنافٍ؛ القدريَّةِ، والجهمِّيةِ والروافضِ، فيجوز إعلام قولِه في الكتاب «وتُقْبَلُ شهادةُ المبتدعة» بالميم والألف والواو.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الرَّابِعُ: بالتَّغَافُلِ: فَرُبَّ عَدْلٍ يَكْثُر سَهْوُهُ وَوَهَمُهُ وَلاَ يَسْتَقِيمُ تَحَفُّظُهُ وَضَبْطُهُ فَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إِلاَّ إِذَا عُلِمَ أَنَّهُ فِي مَوْضِعٍ لاَ يَحْتَمِلُ الْغَلَطَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ومن أسباب التُّهَمَةِ الغفْلَةُ وكَثْرَةُ الغَلَطِ، فلا تُقْبَلُ شهادةُ المغفَّل

(١) قال النووي: الصواب ما قالته الفرقة الأولى وهو قبول شهادة الجميع، فقد قال الشافعي رحمه الله في «الأم»: ذهب الناس في تأويل القرآن والأحاديث إلى أمور تباينوا فيها تبايناً شديداً، واستحل بعضهم من بعض ما تطول حكايته، وكان ذلك متقادماً، منه ما كان في عهد السلف إلى اليوم، فلم نعلم أحداً من سلف الأمة يقتدى به، ولا من بعدهم من التابعين رد شهادة أحد بتأويل، وإن خطأه وضلله، ورآه استحل ما حرم الله تعالى عليه، فلا ترد شهادة أحد بشيء من التأويل كان له وجه يحتمله، وإن بلغ فيه استحلال المال والدم. هذا نصه بحروفه وفيه التصريح بما ذكرنا، وبيان ما ذكرناه في تأويل تكفير القائل بخلق القرآن، ولكن قاذف عائشة رضي الله عنها كافر، فلا تقبل شهادته. ولنا وجه أن الخطابي لا تقبل شهادته وإن بين ما يقطع، لاحتمال اعتماده، وقول صاحبه.

الذي لا يَحفظُ ولا يَضبِطُ؛ لأنه لا يُوثَقُ بقوله، فإن شهد مُفَسِّراً وبَيَّن وقْتَ التحمّل ومكَانَهُ، فزالَتِ الريبةُ عن شهادته، قُبِلَت، ولا تُقْبَلُ أيضاً شهادةُ منْ يَكْثُرُ غَلَطُهُ ونِسْيَانُهُ، وأما الغلَطُ القليلُ، فإنَّه لا يقدَحُ في الشَّهَادة؛ لأنَّ أحداً من النَّاس لا يَسْلَمُ منه، قال الإمامُ ـ رحمه الله ـ ومُعْظَمُ شهادات العَوامِّ ويشوبها جهلٌ وغرَّةٌ، فيحوج إلى اسْتفصاله، كما مرَّ في «أدب القضاء».

قَالَ الغَزَالِيُّ: الخَامِسُ: دَفْعُ عَارِ الكَذِبِ: فَمَنْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ: بِفِسْقٍ فَتَابَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ إلاَّ إِذَا أَعَادَ تِلْكَ الشَّهادَةِ لأَنَّهِ يَدْفَعُ بِذَلِكَ عَارَ الْكَذِبِ، وَتُقْبَلُ الشَّهَادَةُ المُعَادَةُ مِنَ الْعَبْدَ وَالْكَافِرِ وَالصَّبِيِّ إِذَا زَالَ نُقْصَانُهُم، وَهَلْ تُقْبَلُ الْمُعَادَةُ مِنَ الْفَاسِقِ المُعْلِنِ وَالْعَدُوِّ والسَّيِّدِ إِذَا شَهِدَ لِمُكَاتَبِهِ فِيْهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ومن أسباب التهْمَةِ: أن يدفع بالشهادَةِ عَارَ الكَذِبِ عَنْ نفسه، فإذا شهد فاسقٌ، فرد القاضِي شهادَتَهُ، ثم تاب، كما سنَصِفُ التَوْبَةَ، فشهاداتُهُ مقبولةٌ بعد ذلك، لكن لو أعاد تلْكَ الشَّهادة، لَمْ يُقْبَلْ، خلافاً للمزْنّي، ولو شهد عبد أو كافرٌ أو صبيٌ، فلم يعتدَّ بشهادتهم ثم عَتَقَ العَبْدُ وأسْلَم الكافرُ وبلغ الصبيُّ، فأعادوا شهاداتِهِم، قُبِلَتْ، خلافاً لِمَالكٍ وأحْمَدَ ـ رحمهما الله ـ والفرق من وجهين:

أحدُهُما: أنَّ العدالَةَ والفسْقَ يدْرَكَانِ بالنَّظَر والاجتهادِ، والظاهرُ من حال المِسْلم العدالَةُ، لكنَّ القاضِيَ بعْد البَحْث قد يؤدِّي اجتهادُهِ إِلَى فِسْق الشاهد، فيحكم بردِّها، وما حكم بردِّه لا يحكم بقوله؛ كعقدِ أبطله لَيْس له أن يصحِّحه، والعبْدُ والصبيُّ والكافرُ ليس لهم أهليَّة الشهادَةِ، وما أتَوْا به لَيْسَ بشهادةٍ حتى يُقْبَلَ أو يُرَدَّ، ولو علم القاضي حالَهُم، لم يَصْغَ إِلَىٰ كلامهم، وهذا الفَرْقُ هو الذي أشار إليه الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ.

والثاني: قال الأصحاب: العَبْدُ والكافر والصبيُّ لا يتعيَّر بردِّ الشهادة، أما العَبْدُ والصبيُّ، فليس إلَيْها نُقْصَانُهما، وأما الكافِرُ، فلا يعتقد كُفْره نقْصاً بل يفتخر به، ولا يبالي بردِّ شهادته، لتمسُّكه بدينه، والفاسقُ يتعيَّر بالردِّ؛ لأن الردَّ يُظْهِرُ فسْقَه الذي يسعَىٰ في إخفائه ويعرف بأنه نقص، ولأنَّه متهمٌ بالكذب والمجازفة، إذا رُدَّتْ شهادته، فإذا أعاد تلْكَ الشهادة، فقد يريدُ دفْعَ غضاضةِ الكَذِب، أو يَرَىٰ أنه كان القاضِي مخْطِئاً في ظن الفسْق به فلمَّا تبيَّن له خلافُه، قبِل شهادته، وقد يتوهَّم أنه على فسْقه، لكن أظهر التوْبَة ليعيد الشهادَةَ، ويدْفَع العَارَ ومثْلُ هذا لا ينقدحُ في بلوغ الصبي وما في معناه، فإن كان الفاسقُ مُعْلِناً بالفسْقِ حين شهد، ففي قَبُول شهادته المعادةِ بعْد التوبة وجْهَان، والأئمةُ إلَىٰ أنَّها لا تُقْبَلُ أيضاً أميلُ، واختاره القاضي الرُّوَيانيُّ، ويُنْسَبُ إِلَى ابْن أبي هُرَيْرة، واختيارُ القاضي أبي الطيِّب القبولُ، ويُنْسَبُ إِلَى أبي إسحاق، والوجهانِ

يُخرجَّان على الفَرْقَيْن إن قلْنا بالثاني، فرد شهادته لا يُظْهِر فسْقَه، فإنه ظاهرٌ، وهو غير مبالٍ بفسقه يعدُّه عاراً، كالكافر، فوجب أن يُقْبل وإن قلْنا بالأول، فقد جرى الحكم بردِّ شهادته لكن بفسقه هذا إنَّما يتضحّ أن لو أصغى القاضي إلَىٰ شهادته مع ظهور فِسْقه، فإنَّه ظاهرُ، وهُوَ غَيْر مبالٍ بفسْقِهِ ثم ردَّها وفيه وجهان، الذي ذكره الشيخ أبو محمَّد، واستحسنه الإمامُ ـ رحمهما الله ـ أنه لا يصغى إليها كشهادة العبدِ والصبيِّ، ولو كان الكافرُ مستسِرّاً بكُفْره، وردَّتْ شهادته، ثم أسلم، وأعادها حكى القاضي ابنُ كجٍّ في قَبُولها وجهَيْن، لكنَّ قياس الفريقين جميعاً ألاَّ يقبل، أمَّا الأوَّل؛ فلأنَّ شهادته تَحْتَاج إلى النَّظَر والاجتهاد؛ لاستسراره، فإذا جرى الحُكْم بردِّها، وجب ألاَّ يقبل، وأما على الثاني، فلأنَّ ردَّ شهادته يُظْهِر دينه، فيفتضح به ويتغيَّر، فيكون متهماً في الإعادة.

ولو شهِدَ عَلىٰ إنسان، فردَّت شهادتُه لعداوةٍ بينهما، ثم زالت العداوةُ فأعاد تلْك الشهادة، فوجهان أيضاً.

وجْهُ القَبُول: أن العداوة سَبَبٌ ظاهرٌ، فالرد بها لا يُورثُ عاراً، ووجه المنع: أنها شهادةٌ رُدَّتْ للتهمة، فإذا أعيدَتْ، لم يُقْبَلْ شهادة الفاسِقِ، وهذا أصحُّ؛ على ما ذكر صاحبا «المهذب» و «التهذيب» ـ رحمهما الله ـ ويجري الوجهان فيما لو شَهِدَ لمكاتَبِهِ بمالٍ أو لعبْدِهِ بنكاحٍ، فردت شهادته، فأعادها بعْدَ عَتْقِهِما، والذي أجابَ به ابنُ القاصِّ في هذه الصورة القَبُولُ، ويجريان فيما إذا شَهِدَ اثنان من الشفعاء بعفوِ شفيعٍ ثالثاً قبل أن يعفو فردَّت شهادتُهما ثم أعادها بَعْدَ ما عَفَوَا وفيما إذا شهد اثنان يرثان من رَجُلٍ بجراحةٍ عليه غيره مندملةٍ، فردت شهادتُهما، ثم أعادها بعد اندمال الجِرَاحَة.

فرع: عن «أمالي» أبي الفَرَج: شهد فَرْعَانِ على شهادة أصْلٍ، فردت شهادتُهما بفسق الأصلِ، فقد صارت شهادة الأصل مردودةً، فلو تاب، وشَهِدَ بنَفْسه، وأعاد الفرعان شهادتهما على شهادته أو شَهِدَ عَلَىٰ شهادته فرعان آخرانِ، لم تُقْبَلْ، ولو رُدَّت شهادة الفرعين، لفسقهما، لم تتأثَّر به شهادةُ الأصْل.

قَالَ الغَزَالِيُّ: السَّادِسُ: الْحِرْصُ عَلَى الشَّهَادَةِ بالمُبَادَرَةِ قَبْلَ الدَّعْوَىٰ فَلاَ تُقْبَلُ، وَبَعْدَ الدَّعْوَى وَقَبْلَ الاسْتِشْهَادِ وَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ تُقْبَلْ فَهَلْ يَصِيرُ بِهِ مَجْرُوحاً فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ جَلَسَ مُخْتَفِياً فِي زَاوِيَةٍ لَتَحَمُّلِ شَهَادَةٍ قُبِلَتْ (م و) وَلاَ تُحْمَلُ عَلَى الحِرْصِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَمِنْ أَسبَابِ التُّهْمَةِ الحِرْصُ عَلى الشَّهَادة بالمَبَادَرة، واعلم أن الحقوق على ضربَيْن، ضَرْبِ لا يَجُوز المبادَرَةُ إلَى الشَّهادة عَلَيْهِ، وضربِ يجُوزُ، وتُسمَّى الشهادةُ عليه عَلىٰ وجه المبادرة شهادةَ الحِسْبة، وستعرف أنواعها في الفَصْل التالي لهذا الفصْل: فحيث لا يجُوزُ، فالمبادِرِ متَّهم، فلا تُقْبلُ شهادته، وفي الخبر أنه ـ

ﷺ ـ قال في مَعْرِضِ الذَّمِّ ثُمَّ يَجِيءُ قَوْمٌ يُعْطُونُ الشَّهَادَةَ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلُوهَا[١] وروي أنه ـ ﷺ ـ قال: «خَيْرُ الشُّهَدَاءِ الَّذِي يَأْتِي بِالشَّهَادَةِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا»[٢] فَجُمِعَ بين الحديثين بحَمْلِ الثاني على ما يجُوز المبادرةُ إليه وحُمِلَ الأولُ عَلَىٰ ما لا يجوز، والمبادرةُ أن يشهد من غير تقدُّم دعوى، فإن شهد فِي غَيْر موضِع الحاجة بعْد الدعْوَىٰ، وقبل أن يستشهد، فوجهان:

أحدُهما: القبول؛ لأنه شهِدَ وقْتَ الحاجة إلَىٰ إقامة البيِّنة، والأظهرُ المَنْع للتُّهمة، ولفظ الخَبَر الأوَّل شهد له، وهو الذي أورده في «التَّهْذيب» وإذا رَدَدْنا شهادة المُبَادر، ففي صيرورته مجروحاً وجهان مشهوران في كَلاَم الأصحاب ـ رحمهم الله ـ أشبههما المنع ويحكى القطع عن أبي عاصم العبادي إن كانت المبادرة عن جهل منه وظاهر هذا الإيراد كون الخلاف في سقوط عدالته على الإطلاق ويؤيده أن القاضي أبا سعد الهروي قال: الوجهان مبنيان على أن المبادرة من الصغائر أو الكبائر لكن منهم من يفهم كلامه وقوع هذا الخلاف في قبول تلك الشهادة وحدها إذا أعادها لا في سقوط العدالة مطلقاً ـ هذا صاحب الكتاب يقول في الوسيط في باب دعوى الدم في وجه لا تقبل تلك الشهادة منه إذا أعادها كالشهادة المردودة بعلة الفسق وعلى وجه تقبل وعلى وجه إن تاب عن المبادرة تقبل، وفي التهذيب أن إذا قلنا يصير مجروحاً فلا يشترط استبراء الحال حتى لو شهد في حادثة أخرى تقبل فأشعر ذلك في اختصاص الخلاف في تلك الشهادة لا غير.

وتقبلُ شهادة من اختبأ وجلس في زاوية مستخفياً لتحمل الشهادة ولا تحمل على الحرص إذ الحاجة قد تدعو إليه بأن يقر مَنْ عليه الحق إذا خلا به المستحق ويجحد إذا

---

(١) رواه الترمذي من حديث عمران بلفظه، وهو متفق عليه من حديث عمران بن حصين بلفظ: خير القرون قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يأتي من بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون، الحديث، وروى ابن حبان في صحيحه من حديث عمر في خطبته وفيه: ثم يفشوا الكذب حتى يحلف الرجل على اليمين قبل أن يستحلف عليها، ويشهد على الشهادة قبل أن يستشهد عليها، الحديث.

(٢) رواه مسلم من حديث زيد بن خالد الجهني.
جمع بين هذا الحديث والذي قبله، بحمل الأول على حقوق الآدميين، والثاني على حقوق الله، أو حمل الأول، على شاهد الزور، والثاني على الشاهد على الشيء يؤدي شهادته ولا يمنع من إقامتها، أو الأول على الشهادة في الأيمان كمن يقول أشهد بالله ما كان كذا، ووجه كراهة ذلك أنه نظير الحلف وإن كان صادقاً، وقد كره، والثاني على ما عدا ذلك، أو الأول على الشهادة على المسلمين بأمر المغيب، كما يشهد أهل الأهواء على مخالفيهم أنهم من أهل النار، والثاني على من استعد للأداء وهي أمانة عنده، أو الأول على ما يعلم بها صاحبها، فيكره التسرع إلى أدائها، والثاني على ما إذا كان صاحبها لا يعلم بها.

حضر غيره، وعن مالك أن المشهود عليه إن كان جلداً لا ينخدع فتقبل هذه الشهادة، وإن كان ممن يخدع فلا تقبل، وحكى الفوراني عن مذهب مالك أن شهادة المختبىء لا تقبل أصلاً، وأن للشافعي ـ رضي الله عنه ـ قولاً مثله في القديم، وأن على المذهب الصحيح يستحب أن يخبر الخصم أني شهدت عليك حتى لا يبادر إلى تكذيبه إذا شهد فيعذره القاضي، ولو قال رجلان لثالث توسط بيننا لنتحاسب ونتصادق على ألا تشهد علينا بما يجري، فهذا الشرط لاغٍ وله بل عليه أن يشهد بما علم(١).

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الحِسْبَةِ أَبْتِدَاءً فِيمَا لِلَّهِ فِيهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ كَالطَّلَاقِ وَالعِتَاقِ وَالخُلْعِ وَالعَفْوِ عَنِ القِصَاصِ وَتَحْرِيمِ الرَّضَاعِ، وَاَخْتَلَفُوا فِي الوَقْفِ عَلَى مُعَيَّنٍ وَفِي النَّسَبِ وَفِي شِرَاءِ القَرِيبِ المُوجِبِ لِلْعَتْقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غرض الفصل بيان ما تقبل فيه شهادة الحسبة وهو ما يتمحض حقاً لله تعالى أو له فيه حق مؤكد لا يتأثر برضى الآدميين فمنه الطلاق وهل تقبل شهادة الحسبة في الخلع؟ أطلق في التهذيب المنع، وقال الإمام تقبل في الفراق ولا تثبت في المال، قال: ولا أُبعِدُ ثبوته تبعاً، ولا أن يثبت الفراق دون البينونة، ومنه العتاق ويستوي فيه العبد والأمة. وقال أبو حنيفة: تقبل في عتق الأمة دون العبد.

تقبل في الاستيلاد قال في التهذيب ولا تقبل في التدبير وفي تعليق العتق به كان شيخي القاضي يقول: تقبل كالاستيلاد؛ كأن الفرق عند مَنْ فرق أن الاستيلاد يفضي إلى العتق لا محالة وهما بخلافه، قال: وكذا لا تقبل شهادة الحسبة في الكتابة وإن أدى النجم الأخير شهدوا على العتق وفي شراء القريب وجهان: في وجهه تقبل شهادة الحسبة بحق العتق والأشبه وهو جواب القاضي الحسين المنع لأنهم يشهدون على الملك والعتق شيء مرتب عليه وليس كالخلع إذا قلنا يثبت بشهادتهم الفراق دون المال لأن المال في الخلع تابع وفي الشراء مقصود، فإثباته دون المال محال ومنه العفو عن القصاص فالصحيح وهو المذكور في الكتاب أن شهادة الحسبة مقبولة فيه وحكى القاضي أبو سعد الهروي فيه وجه آخر لأن ترك القاضي الدعوى مع الحرص على الحياة يورث التهمة في شهادتهم، ومنه تحريم الرضاع، ومنه الوقف فإن كان على جهة عامة فتقبل فيه شهادة الحسبة وكذا الوصية للفقراء، وفي الوقف على الجهات الخاصة وجهان عن الصيدلاني أن الجواب كذلك وهذا ما أورده الروياني في «جمع الجوامع» وحكى

---

(١) فشرط قبولها أن يكون الشاهد نظراً للمقر يسمع كلامه ويراد كما ذكره الصيمري في شرح الكفاية وشريح الروياني في روضته وهو مقتضى كلام الرافعي في الباب الثالث في مستند علم الشاهد، وعن البندنيجي حكاية عن الأصحاب ما يخالفه.

الإمام عن المعظم المنع لتعلقه بحظوظ خاصة قال صاحب الكتاب في الوسيط وهو الصحيح، ومنه النسب فعن القاضي الحسين أنه لا تقبل فيه شهادة الحِسْبَة، وحَكَم المصنِّف في الباب: الثالث بأنَّه الأصحُّ، الذي أورده الصَّيْدلانيُّ وصاحب «التهذيب» القَبُولَ، وهو الأظهر؛ لأنه متعلِّق بحقوق الله تعالَىٰ، كالطلاق والعَتَاق، ومنه بقاءُ العدَّة وانقضاؤُهَا وتحريمُ المصاهرة، وكذا الزَّكَواتُ والكفاراتُ والبلوغُ والكُفْر والإِسْلام والحُدُود التي هي حقُّ الله تعالَىٰ؛ كحد الزنا، وقطع الطريق، والسرقة، لكن الأولَىٰ فيها السَّتْر، وفي حد السرقة وجهٌ آخر مذكورٌ في «باب السرقة» قال القاضي أبو سَعْدٍ، ومنه الإحصانُ والتعديلُ، وقد ذكرناه في «التزكية» وأما ما هو حقُّ العباد كالقِصَاصِ وحدِّ القذف والبُيُوع والأقاريرِ، فلا تُقْبَلُ فيه شهادةُ الحسبة، فإن لم يعلم صاحب الحق بالحق أخبره الشُّهُود حتَّى يدعي، ويستشهدهم، فَيَشْهَدُوا، فإن هذا هو المذهبُ المشْهُور، وفيه وجهان آخران، ذكرهما الإمامُ في «دعْوى القتل».

أحدهما: أنه يقبل في الدِّماء؛ لحظرها.

والثاني: يُقْبل في الأموالِ أيضاً، وذكر أن «صاحبَ التقريب» خرَّجه من الوجهين في جواز انتزاع المغصُوب من الغاصب ليوصله إلى المالك، وإلَىٰ هذا أشار في الكتاب بقوله في «باب دعوى الدم»: «وشهادة الحِسْبَةِ لا تُقْبَلُ في حَقُوقِ الآدَمِيِّين في أصح الوجهَيْن» ثم القائلون بالقبول، منهم من أطلق، وعن الأستاذ أبي طاهر تخصيصُ القَبُول بما إذا لم يعلم المستحِقُّ بالحق، ويجوز أن يُعْلَم لذلك قولُه في الكتاب «فلا تُقْبَلُ» في الفصل السابق بالواو.

فروع: ما تُقبل فيه شهادةُ الحِسْبَة هل تقبل فيه دعوى الحسبة فيه وجهان:

أحدُهُما: لا؛ لأنَّ الثبوت بالبيِّنة، وهي غنية عن الدَّعوَىٰ، وهذا هو الجوابُ في «فتاوى القفال».

والثاني: عن القاضي الحُسَين: أنها تُسْمَع؛ لأن البينة قَدْ لا تساعده، ويراد استخراج الحقِّ بإقرار المدَّعَى عليه[1].

---

(١) قال الشيخ البلقيني الأصح ما ذكره القاضي الحسين وما اعتقد أن القفال يخالف فيما إذا لم يكن بينة وادعى العبد على السيد أنه اعتقد أن الدعوى تسمع ليحلف السيد أو يقر أو ينكل فترد اليمين على العبد فيحلف العبد ويثبت العتق، وإنما كلام القفال في صورة وجود الشهود فإن الحال حينئذٍ غني عن الدعوى بشهادتهم حسبه.

وقد يقول القفال ليس هذه دعوة حسبة بل هي دعوى المظلوم بالرق أو يحمل كلام القفال على حدود الله تعالى، فأما الطلاق فإنه تسمع دعوى الزوجة فيه بلا خلاف وكذلك دعوى العبد العتق. انتهى، ووافق صاحب الخادم شيخه البلقيني.

وشهودُ الحسبة يجيئون إلى القاضي، ويقولون: نَشْهَد علَىٰ فلانٍ بكذا، وأحضروه لنشهد عليه، وإن جاءوا وقالوا: إن فلاناً زَنَا، فهُمْ قذفةٌ، وفي الفتاوى أنَّه لو جاء رجُلانِ، فشهدا بأن فلاناً أخُو فلانةٍ في الرَّضَاع لم يكْفِ حتى يقولان: وهو يريد أن ينكحها، وأنه لو شَهِدَ اثنانِ بالطَّلاق، وقضى القاضِي بشهادَتِهما، ثم جاء آخران يَشْهَدان بأخُوَّة الرضاع بين المتناكحَيْن، لم تقبل هذه الشهادة، إذْ لا فائدة لها في الحالِ بقولهما ولا عبرة بكونها يشهدان لئلا يتناكَحَان من بعْد، وأنَّ الشهادة علَىٰ أنه أعتق إنما تُسْمَعُ، إذا كان المشهودُ علَيْه يسترقُّ من أعتقه، وهذه الصورةُ تُفْهِمُ أنْ شهادة الحسبة إنَّما تُسْمَع عند الحاجة، ولو جاء عبدا إنسان إلى القاضي، وقالا: إن سيِّدَنا أعتق أحَدَنا، وقامَتْ على ما يقولان بيِّنةٌ، سُمِعت، ولو كانتِ الدعْوَىٰ فاسدةً؛ لأن البينةَ علَى العتْق مستغنيةٌ عن تقدُّم الدعْوَى.

وليُعْلَم من لفظ الكتاب قوله: «والعتاق» بالحاء، وقوله: «والعفو عن القصاص» بالواو؛ لمَا بيَّنَّاه، والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَتَقْبَلُ شَهَادَةُ البَدَوِيِّ عَلَى القَرَوِيِّ وَالقَرَوِيِّ عَلَى البَدَوِيِّ، وَشَهَادَةُ المَحْدُودِ فِي القَذْفِ إِذَا تَابَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لما تكلم في الصفات المعتبرة في الشهود وبَيَّنَ في خلالها ما يمنع قبول الشهادة تكلم في أمور ظن ظانون أنها من موانع القبول.

منها: شهادة البدوي على القروي وبالعكس مقبولة، وقال أحمد: لا تُقبل شهادة البدوي على القروي وبه قال مالكٌ إلا في القتل والجراحات، قالا؛ لأن القروي لا يدخل إلى البادية للإشهاد لكن البدوي قد يدخل القرية فيشهد والأمر في هذا لا ينضبط.

ومنها: شهادة المحدود في القذف وغيره بعد التوبة مقبولة في جنس ما حدَّ به وفي غيره، وعند أبي حنيفة شهادةُ المحدود في القذف لا تقبل وإن تاب، وقال مالكٌ كل من حد في معصية لم تُقبل شهادتُه فيما حد فيه، ومن هذا القبيل شهادة ولد الزنا مقبولة ويجوز أن يكون قاضياً ولكن لا يمكن أن يكون إماماً؛ لأن النسب مشروط في الإمامة وقال مالكٌ لا تُقبل شهادة ولد الزنا، واعلم أن شهادة الأخرس الذي لا يعقل الإشارة لا اعتبار بها، وإن كان يعقل الإشارة فقولان عن تخريج ابن سريج:

أحدهما: أنها مقبولة اعتماداً على الإشارة كما في عقوده ويُحْكَى هذا عن مالكٍ واختيار الحناطي والقاضي أبي الطيب ـ رحمهم الله ـ.

والثاني: المنع؛ لأن الإشارة لا تصرح وإنما تفيد ظناً، ونحن في غنية عن شهادته

بشهادة غيره، ويخرج عليه عقوده، وهذا أظهر عند الأكثرين منهم ابنُ القاص والشيخُ أبو حامد وبه قال أبو حنيفةَ وأحمدُ ـ رحمهم الله ـ وإيانا وعلى هذا فيعتبر في الشاهد وراء الصفات المذكورة في أول الباب أن يكون ناطقاً، وذكر أبو القاسم الصيمري في مختصر جمعه في أحكام الشهادات أنه لا يجوز شهادة المحجور عليه بالسفه فإن كان كذلك زادت صفة أخرى[1] والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ تُبْت وَلاَ أَعُودُ إِلاَّ إِذَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالكَذِبِ فَهُوَ فَاسِقٌ يَجِبُ اسْتِبْرَاؤُهُ كَكُلِّ فَاسِقٍ يَقُولُ: تُبْتُ فَإِنَّهُ لاَ يُصَدَّقُ حَتَّى يُسْتَبْرَأَ مُدَّةٍ فَيَعْلَم بِقَرَائِنِ الأَحْوَالِ صَلاَحَ سَرِيرَتِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أخذ في الكلام في توبة القَاذِف، ثم اختلط به الكلامُ في التوبةِ علَىٰ سائر أنواع الفِسْقِ، ووجهُ الحاجة إلَيْه بيِّنٌ، فإنَّ من لا تُقْبَلُ شهادَتُهُ لِفِسْق، إذا تَابَ، وظَهَر اعتراضه عَمَّا كان فيه، فيجبُ معرفةُ أنَّ التوبة ما هيَ وبم تَحْصُل؟.

قال علماء الأصحاب ـ رحمهم الله ـ: التوبةُ تنقسم إلَىٰ ما هي بَيْن العبْد وبيْن الله تعالَىٰ جدُّه وهي التي يندفعُ بها الإثْم، وإلى توبةٍ في الظاهِرِ، وهي التي تتعلَّق بها عوْدُ الشهادات، والولايات:

أما التَّوبةُ الأولَىٰ: فهي أن ينْدَمَ علَىٰ ما مضى ويترك وعله في الحال ويعزِمَ علَىٰ ألا يعود إليه[2]، إن كانت المعصية لا يتعلق بها حقُّ الله تعالَىٰ ولا للعبادِ، كوطء الأجنبية فيما دون الفَرْج وتَقْبِلُها، فلا شيء عليه سوى ذلك، وإن تعلَّق بها حقٌّ ماليٌّ، كمنع الزكاة، وكالغَصْب، والجنانات في أموال الناس، فيجب مع ذلك تبرئةُ الذمَّة عنْه؛ بأن يؤدِّي الزكاة، ويردَّ أموال النَّاس، إن بقيت ويغرم بدَلَها، إن لم تبق، أو يستحلَّ، فيبرئه المستحقُّ ويجب أن يخبر المستحق، وإن لم يعلم به وأن يوصله، إليه، إذا كان

---

(١) ما ذكره الصيمري هو المنقول عن ابن كج في التجريد والدارمي في الاستذكار كلاهما في باب الحجر، وجزم به المصنف في باب الوصايا.
قال في الخادم: أهمل الرافعي من الشروط السمع والبصر أي فيما لا يقبل فيه شهادة الأعمى.

(٢) قال في المهمات: أهمل شرطاً رابعاً وهو أن يكون ذلك لله تعالى حتى لو عوقب على جريمة فندم وعزم على عدم العود لما حل به وخوفاً من وقوع مثله لم يكف، قاله أصحابنا الأصوليون ومثلوه بما إذا قتل ولده وندم لكونه ولده أو بذل شحيح مالاً في معصية وندم للغرم ولا بدّ منه.
وقال البلقيني: هذا الإيراد عندنا غير معتبر لأن التوبة عبادة، والعبادة لا بدّ أن تكون لله، وإذا لم يكن ذلك فلا توبة ولا عبادة.
قال الرملي: هذا التوجب فيه اعتراف باعتبار الإيراد.

غائباً، إن كان قد غَصَبه منه هنالك، ونقله، فإن مات سلَّمه إلَىٰ وارثه، فإن لم يكن وارثٌ أو غابَ، وانقطع خبره، دفَعَه إلَىٰ قاضٍ تعرف سيرته وديانته، فإن تعذَّر، تصدَّق به على الفقراء بنيَّة الغرامة له، ذكره العباديُّ في «الرقْم» وصاحب الكتاب في غير الكُتُب الفقهيَّة، وإن كان مُعْسِراً، نوى الغرامة، إذا قدر، فإن مات قبل أن يقْدِر، فالمرجُوُّ من فضل الله تعالَىٰ جدُّه المغفرةُ(١).

وإن تعلَّق بالمعصية حقٌّ ليس بماليٍّ، فإن كان حدّاً لله تعالَىٰ كما لو زنا أو شَرب فإن لم يظهر، فيجوزُ أن يظهره ويقرّ به ليُقَامَ علَيْه الحدُّ، ويجوز أن يستُرَ علَىٰ نفسه، وهو الأولَىٰ، وإنْ ظهر، فقد فات السِّتْر، فيأتي الإمامَ ليقيمَ علَيْه الحدَّ، قال في «الشامل»: إلا إذا تقادم العهد، وقلْنا: إنه يسْقُطُ الحد، وإن كان حقاً للعباد؛ كالقِصَاصِ وحدِّ القذف، فيأتي المستحِقَّ، ويمكِّنه من الاستيفاء، فإن لم يعلَم المستحِقُّ، فيجب في القِصَاص أن يُخْبِره، ويقول: أنا الذي قتلْتُ أباك، ولزمني القِصَاصُ، فإن شئتَ، فاقتص، وإن شئت فاْعف، وفي حدِّ القذْفِ، هل يخبره، ذكر في الكتاب في أول الباب تردُّداً في أنه، إذا أتى، ببَعْض كنايات القذف، وأراد القذف، ولم يحلفه المقذوفُ على البينة، فيخبر المقذوف أو يخْفِيه، ولا يؤديه، وجواب العباديُّ وغيره ههنا أنه يخْبِرهُ عن القَذْف، كما في حقِّ القصاص وفي مثله في الغَيْبَة رأيت في فتاوى الحنَّاطِيِّ؛ أنها إذا لم تبْلغ المغتابَ، كفي الندمُ والاستغفارُ، وإذا بلغته أو طَرَد طاردٌ قياسَ القصاص والقذف فيهاَ، فالطريق أن يأْتِيَ المعتابَ ويستحلَّ منه، فإن تعذَّر بموته، أو عسر لغيبته الشاسِعَة، فيستغفر الله تعالَىٰ جدُّه، ولا اعتبار بتحليل الوَرَثَةِ، كذلك ذكره الحناطيُّ وغيره، قال العباديُّ: والحسد كالغِيبَةِ، وهو أن يهوَىٰ زوالَ نِعْمَةِ الغير، ويُسَرَّ ببليته، فيأتي المحسودَ، ويخبره بما أضمره، ويستحلُّه، ويسأل الله تعالَىٰ أن يزيل عنه هذه الخلَّة، وفي إِلزام الإِخبار عن مجرَّد الإِضمار بُعْدٌ(٢).

فَرْعٌ: سُئِلَ أبو عبد الله الحَنَّاطِيُّ عمن قصَّر فيما عليه من الدَّيْن والمَظْلَمة، ومات

(١) قال النووي: ظواهر السنن الصحيحة تقتضي ثبوت المطالبة بالظلامة وإن مات معسراً عاجزاً إذا كان عاصياً بالتزامها، فأما إذا استدان في مواضع يباح له الاستدانة، واستمر عجزه عن الوفاء حتى مات، أو أتلف شيئاً خطأ، وعجز عن غرامته حتى مات، فالظاهر أن هذا لا مطالبة في حقه في الآخرة، إذ لا معصية منه، والمرجو أن الله تعالى يعوض صاحب الحق، وقد أشار إلى هذا إمام الحرمين في أول كتاب النكاح: وتباح الاستدانة لحاجة في غير معصية ولا سرف إذا كان يرجو الوفاء به جهة، أو سبب ظاهر.

(٢) قال النووي: المختار بل الصواب أنه لا يجب إخبار المحسود، بل لا يستحب، ولو قيل: يكره لم يبعد. وهل يكفي الاستحلال من الغيبة المجهولة، أم يشترط معرفتها للعافي؟ فيه وجهان سبقا في كتاب الصلح.

المستحِقُّ، واستحَقَّه وارثٌ بعد وارثٍ يتعلَّق به في الآخرة صاحبُ الحقِّ أولاً أو الأخير من ورثته وورثة ورثته، فقال: يرثه الله تعالَى، بعْد موت الكلِّ، ويُرَدُّ إليه في القيامة، وحَكَىٰ وجهاً آخر عن الأصحاب لآخر مَنْ مَات من الوارِثِينَ، وفي «الرقم»: أنه يُكْتَبُ الأجْرُ لكل وارِثٍ مدةَ عَمْرِهِ، ثم يكون الثوابُ لمَنْ بعده، ولو دفَع إلَىٰ بعض الوارِثين عند انتهاء الاستحقاقِ إليه، خَرَج عن المظلمة إلا بما سَوَّفَ ومَاطَلَ.

وأما التوبةُ الظاهرةُ، فالمعاصي تنقسم إلَى فعليَّة وقوليَّة، أما الفعليَّة؛ كالزنا والسرقة والشرب، فإظهار التوْبة عنْها لا يكفي في قَبُول الشهادة وعود الولاية؛ لأنه لا يؤمَنُ أن يكون له في الإِظْهار غائلةٌ وغرضٌ فاسدٌ، فيختبر لمدَّة يغلب على الظنِّ فيها أنه قد أصلح عملَهُ وسريرته، وأنه صادقٌ في توبته، وهل تتقدَّر تلْك المدة قال قائلون: لا، إنَّما المعتبرُ حصولُ غلبة الظَّنِّ بصدْقِهِ، ويختلف الأمر فيه بالأشخاص وأمارات الصدق، هذا ما اختاره الإِمام، والعبَّاديُّ وإلَيْه أشار صاحبُ الكتاب بقوله: حتى يُسْتَبْرَأَ مُدَّةً فيعلم إلى آخره، وذهب آخرون إلَىٰ تقديرها، وفيه وجهان، قال أكثرهم: يستبرأ سنةً، فإنَّ لمعنى الفصولِ الأربعةِ تأثيراً بَيِّناً في تهيِيج النُّفوس وانبعاثها لمشتهياتها، فإذا مضت على السلامة أشْعَرَ ذلك بحُسْن السريرة، وقال جماعةٌ: يكفي ستة أشهر؛ لظهور عَوْده، وإن كانت ونَسَبوا ذلك إلى النصِّ، وأما القوليَّة، فمنْها القذْفُ، ولا بدّ من التوبة عنْه بالقول، كما أن التوبة عن الرِّدَّة بكلمتَي الشهادة، قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ وتوبةُ القاذِفِ إكذابُهُ نفْسَه، فأخذ الإِصطخريُّ بظاهره وشَرَط أن يقول: كذَبْتُ بما قذفته به، ولا أعودُ إلَىٰ مثله؛ لما رُوِيَ عن النبيّ ـ ﷺ ـ أنه قال: «تَوْبَةُ الْقَاذِفِ إِكْذَابُهُ نَفْسَه»[1] ويُحْكَىٰ هذا عن أحمد ـ رحمه الله ـ وقال ابن أبي هريرة والجمهورُ ـ رحمهم الله ـ لا يكلَّفُ أن يقُولَ: كذبْتُ، فإنَّه قد يكونُ صادقاً فكيف نأمُره بأنْ يكْذب، ولكن يقول: القذْفُ باطلٌ، وإني نادمٌ على ما فعلْتُ ولا أعود إلَيْه أو يقول: ما كنْتُ مُحِقّاً في قِذْفي، وقد تبتُ منْه، وما أشبه ذلك، والخبرُ محمولٌ على الرُّجوع والإِقرار ببطلانِ ما صدَر منْه، فإنه نوعُ إكذاب، وكذلك لفظ الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ وقد قالَ عَقِيبَ ما حكَيْناه: والتوبةُ منه أن يقُولَ: «القذفُ باطلٌ» كأنه جعل هذا اللفظ توبةً ولا فرْقَ في ذلك بين القذْف على سبيل السَّبِّ والإِيذاءِ وبيْن القذْفِ على صورة الشَّهَادة، إذا لم يتمَّ عدد الشُّهود، إن قلْنا: بوجوب الحدِّ على من شهد، فإن لم نوجِبْ، فلا حاجة بالشاهد إلى التوبة، ويشبه أن يشترط في هذا الإِكذابِ جريانُهُ بيْن يدَي القاضي، ثم إذا تاب

(١) قال الحافظ في التلخيص: لم أره مرفوعاً وفي البخاري معلقاً عن عمر: أنه قال لأبي بكرة: تب نقبل شهادتك، ووصله البيهقي كما سيأتي في آخر الباب، وفيهما أيضاً عن أبي الزناد قال: الأمر عندنا إذا رجع عن قوله، وأكذب نفسه، واستغفر ربه، قبلت شهادته.

بالقول، فهل يستبرأ المدَّة المذكورة، إذا عُرِفَ عدلاً إلى أن قَذَف، يُنْظَر؛ إن كان القذفُ على صورة الشهادَةِ، فلا حاجة إلَيْه وحَكَى الإِمامُ طريقة أخرَىٰ؛ أنه على قولَيْن، كما سنذكر في القذْفِ علَىٰ صورة السبِّ والإِيذاءِ، والظاهرُ الفرقُ، فإن ذلك فسقٌ مقطوعٌ فيه، والفسق عند الشهادة غيرُ مقطوعٍ به، ولهذا تُقْبل روايةُ من شهد بالزنا، وإن لم يتعب؛ ألا ترى أنهم كانوا يَرْوُنَ عن أبي بَكْرة الثقفيّ ـ رضي الله عنه ـ ولم يتب وروايةُ مَنْ قَذَفَ سباً غير مقبولة ويتأيد ذلك بقَوْل عمر ـ رضي الله عنه ـ في القصَّة المشهُورة لأبي بَكْرَةَ تُبْ أَقْبَلَ شَهَادَتَكَ[1] وإن كان قَذْفَ سَبٍّ وإيذاءٍ فظاهر نصِّ «المختصر»: أنه لا يُشترطُ الاستبراء وتُقبل شهادته في الحَال، وعن نصِّه ـ رضي الله عنه ـ في «الأم»: أنه يُشترطُ، وفيهما طريقان؛ الأشهر أن المسألة على قولَيْن:

أحدُهُمَا: لا يُشْترط؛ لأن القاذفَ يحتمل أن يكون صادقاً، فلا حاجة فيه إلى التشديد والاحتياط، ويُحْكَىٰ هذا عن أحمد ـ رحمه الله ـ.

وأصحُهما: الاشتراط؛ على ما قال تعالَى ﴿**إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا**﴾ [آل عمران: ٨٩] وصار كما في سائر المعاصِي، وتركهما منزلون على حالَيْن، وذكروا للتنزيل وجوهاً:

أحَدها: حمل ما في «المختصر» على ما إذا لم يصرِّح بتكذيب نفْسه، وحمل ما في «الأم» على ما إذا صَرَّح.

والثاني: حمل الأوَّل علَىٰ ما إذا طال الزمانُ بعْد القذف، وحسنت السيرة، ثم تاب بالقول، وحمل الثاني على ما إذا لم يطل.

---

(١) قال الحافظ في التلخيص: [رواها] البيهقي من طريق الشافعي أنا سفيان سمعت الزهري يقول: زعم أهل العراق أن شهادة المحدود لا تجوز، فأشهد لقد أخبرني فلان أن عمر بن الخطاب قال لأبي بكرة: تب نقبل شهادتك، أو إن تبت قبلت شهادتك، قال سفيان: سمي الزهري الذي أخبره، فحفظته ونسيته، وشككت فيه، فلما قمنا سألت من حضر، فقال لي عمر بن قيس: هو سعيد بن المسيب، قال الشافعي: فقلت فهل شككت فيما قال لك؟ قال: لا، هو سعيد بن المسيب من غير شك، وقد رواه غيره من أهل الحفظ عن سعيد بلا شك، ورواه البيهقي من طرق، وعلقه البخاري بالجزم، وأما قول الرافعي: وكان الصحابة يروون عنه ولم يتب، فقد روى عنه عمر بن شبة في أخبار البصرة أنه أبى أن يتوب من ذلك، وروى محمد بن إسحاق عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال: جلد عمر بن الخطاب أبا بكرة، ونافعاً، وشبلاً، ثم استتاب نافعاً، وشبلاً، فتابا، فقبل شهادتهما، واستتاب أبا بكرة فأبى، وأقام، فلم يقبل شهادته، وكان أفضل القوم، وروى أبو داود الطيالسي عن قيس بن الربيع عن سالم الأفطس عن سفيان بن عاصم، قال: كان أبو بكر إذا أتاه رجل ليشهده، قال: اشهد غيري، وأما قوله: وكانت الصحابة يروون عنه، ففيه نظر، فإني لم أقف في شيء من الأسانيد على رواية أحد من الصحابة عن أبي بكرة، وأكبر من روى عنه أبو عثمان النهدي، والأحنف بن قيس.

والثالث: حمل الأول علَىٰ ما إذا جاء شاهداً، ولم يتمَّ العدَوُ، وحمل الثاني علَىٰ ما إذا قذف على سبيل السبِّ والإِيذاء.

واعلم أن اشتراطَ التوبة بالقَوْل في القذْفِ لا وضوحَ لَهُ، وإلحاقَهُ بالردَّة تشبيه مجرَّد لا توجيه مقنع، ولَيْسَ اشتراطُ كلمتَي الشهادة مخصوصاً بالردَّة القوليَّة، فإن الردة الفعليَّة كإلقاء المصْحَف في القاذُورات يُشْتَرطُ فيها كلمتا الشهادة أيْضاً، وبالجملة، فلَمْ يشترطْ في القَوْل أن يقولَ: ما كنتُ مُحِقّاً في قَوْلِ كذا، فلا يُشْتَرَطُ في الفعل أن يقول: ما كنت مُحِقاً في فعْلِ كذا، وما السَّبَبُ الفارقُ، ثم قضيَّة ما يقول في القذْفِ أنْ يُشترطَ التوبةُ بالقول في سائر المعاصِي القوليَّة، كشهادة الزور، والغِيبَة، والنَّميمة، وقد صرح صاحبُ «المهذب» بذلك في شهادة الزور، فقال: التوبة عنْها أن يقول: كذَبْتُ فيما فعَلْتُ، ولا أعودُ إلَىٰ مثله، والله أعلم.

وأَعْلم قوله في الكتاب «ويكفيه أن يقول: تبْتُ» بالواو؛ لوجه الإِصطخرِّي؛ حيث لم يكتف بذلك، واعتبر أن يقول: كذبْتُ.

وقوله يجب «استبراؤه» بالألف لما تقدَّم.

فروع: حَكَى الإِمام وجهاً فيمن قَذَف، وأتى بالبينة علَىٰ زنا المقذوف: أنه لا تُقْبَل شهادته؛ لأنه ليس له أن يقْذِفَ ثم يأتي بالبينة، بل كان ينبغي أن يجيء مجيء الشهود، والأصح أنها تُقْبَل؛ لأن صدقَهُ قد تبيَّن بالبينة، وكذا الحكمُ لو اعترف المقذوف، وكذا لو قذف زوجَتَه، ولا عن ولا فَرْقَ في ردِّ الشهادة وكيفية التوْبَة بيْن أن يقذف محصناً أو غير محصَنٍ، حتى لو قذَف عبْدَ نفْسِه، ترد شهادته، ويكفي تحريم القذف سَبباً للردِّ، وشاهد الزور يُسْتبرأ كسائر الفَسَقة، فإذا ظهَر صلاحُه، قُبِلَتْ شهادتُه في غير تلك الواقعة ومن غلط في الشهادة، فلا حاجَةَ إلى استبرائه، وتُقْبَلُ شهادته في غَيْر واقعة الغلطِ، لا تُقْبَلُ فيما ذكره في «التهذيب»[(١)].

(١) قال النووي: التوبة من أصول الإِسلام المهمة، وقواعد الدين، وأول منازل السالكين، قال الله تعالى: ﴿وتوبوا إلى الله جميعاً أيها المؤمنون﴾ فالتوبة من المعصية واجبة على الفور بالاتفاق، وقد تقدمت صفتها، وتصح التوبة من ذنب وإن كان ملابساً ذنباً آخر مصراً عليه، ولو تاب من ذنب، ثم فعله مرة أخرى، لم تبطل التوبة، بل هو مطالب بالذنب الثاني دون الأول. ولو تكررت التوبة، ومعاودة الذنب، صحت، هذا مذهب الحق في المسلمين خلافاً للمعتزلة. قال إمام الحرمين في «الارشاد»: والقتل الموجب للقود تصح التوبة منه قبل تسليم القاتل نفسه ليقتص منه، فإذا ندم، صحت توبته في حق الله تعالى، وكان منعه القصاص من مستحقه معصية مجددة، ولا يقدح في التوبة، بل يقتضي توبة منها. ومن باب عن معصية ثم ذكرها قال الإِمام القاضي أبو بكر بن الباقلاني رحمه الله: يجب عليه تجديد الندم عليها كلما ذكرها إذ لو لم يندم، لكان=

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَإِنْ ظَهَرَ لِلقَاضِي بَعْدَ الحُكْمِ أَنَّهُ قَضَىٰ بِقَوْلِ عَبْدَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ نَقَضَ الحُكْمَ، وَإِنْ كَانَ بِقَوْلِ فَاسِقَيْنِ نَقَضَ أَيضاً عَلَى أَظْهَرِ القَوْلَيْنِ، إِلاَّ أَنْ يَفْسُقَ بَعْدَ الحُكْمِ فَلاَ يُقَدَّرُ ٱسْتِنَادُ الفِسْقِ إِلَى المَاضِي عَلَى أَصَحِّ الرَّأْيَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا حكم القاضِي بشهادةِ ٱثنين، ثم بان له أنهما كانا عَبْدَيْنِ أو كافِرَيْن، أو صبِيَّيْنِ، أو امرأتَيْنِ، فينتقض حكمه، لأنه تيقَّن الخطأ في الحكْم، كما لو حكم باجتهاده، ثم بان النصُّ بخلافه، ولو تبيَّن لقاضٍ آخر أنه حكَمَ بشهادَتِهما، نقَضَ حكمه أيضاً، واعترض عليه بأنَّ العلماء اختلفوا في قَبُول شهادةِ العَبِيد، فلم ينقض الحكْم في محَلِّ الاختلاف والاجتهاد، وأجيب عنه بأنَّ الفرْضَ فيمن لا يعتقدُ الحكْم بشهادة العبْدَيْن وحكم بشهادة ٱثنين ظنَّهما حرَّيْن، ولا اعتداد بمثل الحكم، وأيضاً فإنَّما لا ينقض الحُكْم، إذا لم يخالف القياس الجليَّ، وهذا يخالفه، فإن العبد ناقص في الولايةَ، وسائرِ الأحكام، فكانت الشهادةُ في معناها، وإنْ بان أنه حكَم بشهادة فاسقَيْن، نصَّ في «المختصر» على أنه ينقض أيضاً[١]، قال المُزَنِيُّ: وقال في موضع آخر: إن المشهودَ عَلَيْه، إذا طلب الجرح مكَّنه منه، وأمْهَلَه مدةً قريبةً، فإنْ لم يأتِ بالجرح في المُدَّة وأتى به بعْدَها، لم يرد الحُكْم عنه، وهذا يُشْعِر بأنه لا تُقبل البينة القائمة على الفِسْق بعْد ذلك، فلا ينقض الحكم الأول، وللأصحاب فيها طريقان:

أشْهَرُهما: أنَّ المسألة على قولَيْن، وبه قال ابنُ سُرَيْجٍ.

أحدُهما: أنه لا ينقض الحكم الأول، فإن فسقهم إنَّما يعرف ببينة تقوم عليه

= مستهيناً بها، وذلك ينافي الندم. واختار إمام الحرمين أنه لا يجب، ولا يلزم من ذكرها بلا ندم الاستهانة، بل قد يذكر، ويعرض عنها. قال القاضي: وإذا لم يجدد التوبة كان ذلك معصية جديدة، والتوبة الأولى صحيحة، لأن العبادة الماضية لا ينقضها شيء بعد فراغها، قال: فيجب تجديد توبة عن تلك المعصية، وتجب توبة من ترك التوبة إذا حكمنا بوجوبها. قال الإمام: وإذا أسلم الكافر، فليس إسلامه توبة عن كفره، وإنما توبته ندمه على كفره، ولا يتصور أن يؤمن ولا يندم على كفره، بل تجب مقارنة الإيمان للندم على الكفر، ثم وزر الكفر يسقط بالإيمان، والندم على الكفر بالإجماع، هذا مقطوع، وما سواه من ضروب التوبة، فقبوله مظنون غير مقطوع به، وقد أجمعت الأمة على أن الكافر إذا أسلم وتاب عن كفره، صحت توبته، وإن استدام معاصي أخر، هذا كلام الإمام، وهذا الذي قاله إن القبول مظنون هو الصحيح. وقال جماعة من متكلمي أصحابنا: هو مقطوع.

(١) قال في الخادم: صورة المسألة ما إذا كان الفسق ظاهراً غير مجتهد فيه فإن كان مجتهداً فيه كشرب النبيذ فلا خلاف أنه لا ينقض لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، كذا قاله القاضي والبغوي أبو محمد الجويني في مختصره والغزالي في الخلاصة وأشار إليه الرافعي في أنهم نزلوا النص بالمنع على ما إذا شهد على فسق مجتهد فيه كشرب النبيذ.

وعدالة تلك البينة لا تُدْرَكُ إلا بالاجتهادِ، والاجتهادُ لا ينقض بالاجتهاد، وهذا يوافِقُ مذهب أبي حنيفة؛ لأنه لا يسمع بينة الفسْقِ على الشاهدَيْنِ.

وأصحُّهُمَا: النقض، كسائر المسائل المذكورة وبل أولَى؛ لأن اعتبار العدالةِ منصوصٌ علَيْه، قال تعالَىٰ: ﴿إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓا﴾ [الحجرات: ٦] والقول بأن عدالة الشهود تُدْرَكُ بالاجتهاد لا تَقْدَحُ كما أن خبر الواحِدِ العَدْلِ يُنْقَضُ به الحُكْم، وإن كانتْ عدالته لا تُدْرَكُ إلا بالاجتهاد، وكما لو بان كون الشاهدَيْن صبيَّيْن أو كافرَيْن.

والطريق الثاني: القطْعُ بالنقض، وحمل ما قاله في الموضع الآخر علَىٰ ما إذا شهدوا على الفسْق مطلقاً، ولم ينصُّوا على فسْقِه يوْمَ الحكم، فلا ينقض به الحكم؛ لاحتمال حدوثه بعد الحكم أو علَىٰ ما إذا شَهِدُوا علَىٰ فِسْقٍ مجتَهَدٍ فيه، كشُرْب النبيذ، ولو سمع القاضي شهادةَ شاهدَيْن عدلَيْن، ثم فُسِّقَا قبل أن يحكم بشهادتهما، لم يجُزِ الحكم؛ لوقوع الريبة، فإن الفسْق يَخْفَىٰ غالباً، فربَّما كانا فاسقَيْن يوم الشهادة، ولو ارتدَّا، فكذلك؛ لأن الردَّة توقع الريبة أيضاً، وتُشْعِر بخبثٍ كامِنٍ، وفيها وجهان آخران:

أحدهما: أن حدوثَها لا يمنع الحكْمَ بشهادتهما المَسْمُوعة.

والثاني: عن الداركيِّ: الفرق بين أن يرتدَّ إلى كُفْرٍ يستسر أهله به فيكون كالفسق، أو إلَىٰ غيره.

ولو شهدا عنْده في حدٍّ أو مالٍ، ثم ماتا، أو جُنَا أو عَمِيَا أو خَرِسَا، لم يمنع حدوث هذه الأحوال الحُكْمَ بشهادتهما؛ لأنها لا تُوقِعُ ريبة فيما مضى، ويجوز أن يقع التعديلُ بعد حدوثها، وألحق المُزَنِيُّ ظهور الفِسْقِ والرِّدَّة بعُرُوض هذه الأحوال، ولم يَجْعَلْهُمَا مانِعَيْنِ من الحكم، ولو فسق الشاهدان، أو ارتدَّا بعْد الحُكْم والاستيفاء، لم يؤثِّر بحال، ولو فَسَقا، أو ارتدَّا بعْد الحكم وقبل الاستيفاء، فهو كرجوع الشاهدَيْنِ بعد الحكم وقبل الاستيفاء، وفيه تفصيلٌ واختلافٌ، يُذْكَرُ في «باب الرجوع» والأصحُّ أنه لا أثر له في المال، بل يستوفي ولا يُقَدَّر استنادُ الفسْق بعْد نفوذِ الحُكْم إلى القاضي، وهذه الصورة هي التي عنَاهَا في الكتاب بقوله: «إلا أن يَفْسُقَ بعْد الحكم، فلا يقدر» إلى آخره.

وأصحاب الطريقة القاطعة بالنَّقْض فيما إذا بان أنَّه حكَمَ بشهادة فاسقَيْن، منهم مَنْ يُنْزِل الخلافَ على هذه الصورة.

ويجوز أن يُعْلَمَ قوله: «نقض» بالحاء.

وقوله: «على أظهر القولين» بالواو، لما بيَّنَّاه.

فُرُوعٌ: قال القاضي بعد الحُكْم بشهادة شاهدَيْن قد بان لي أنهما كانا فاسقَين، ولم يظهَر بينة تشْهَد بفسقهما، قال صاحب الكتاب في «الفتاوى»: إذا لم يتهم في قضائه

بعلمه مُكّن من ذلك أيضاً ولو قال: أكرهني السلطانُ على الحُكْم بقولِهِمَا، وكنت أعرفُ فِسْقَهما، قُبِل قولهُ مِنْ غيْر بيِّنة الإِكْرَاه، ولو بان بالبينة أن الشاهدَيْن كانا والدَيْنِ للمشهود له، أو ولَدَيْن، أو عدُوَّيْنِ للمشهود عليه، فكذلك ينقض الحكم، والله أعلم.

اَلْبَابُ الثَّانِي فِي العَدَدِ وَالذُّكُورَةِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلاَ تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ إِلاَّ فِي هِلاَلِ رَمَضَانَ عَلَىٰ رَأْيٍ، وَلَكِنْ لِلشَّهَادَاتِ ثَلاَثُ مَرَاتِبَ: الأُولَى: الزِّنَا: وَيَجِبُ فِيهِ أَرْبَعَةَ عُدولٍ يَشْهَدُونَ أَنَّهُ أَدْخَلَ فَرْجَهُ فِي فَرْجِهَا كَالمِرْوَدِ فِي المُكْحُلَةِ، وَهَلْ يَجُوزُ لِلْعَدْلِ النَّظَرُ إِلَى الْعَوْرَةِ قَصْداً لِتَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ، وَفِي الثَّالِثِ لاَ يَجُوزُ فِي شَهَادَةِ الزِّنَا، وَيَجُوزُ فِي عُيُونِ النِّسَاءِ وَغَيْرِهَا، وَهَلْ يَثْبُتُ الإِقْرَارُ بِالزِّنَا بِشَاهِدَيْنِ أَمْ لاَ بُدَّ مِنْ أَرْبَعَةٍ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَإِنْ لَمْ يُوجَبْ بِاللِّوَاطِ إِلاَّ التَّعْزِيرُ فَهَلْ يُحْتَاجُ إِلَى أَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقصودُ البَابِ بيانُ العدَدِ المُعتَبَر في الشَّهادات، ومواضِعِ اعتبارِ الذكورة، وعدَمِ اعتبارها.

واعْلَمْ أن قول الشاهِدِ الواحِدِ لا يكفي للحُكْم به، نعم، قدم الخلاف في أن هِلاَلَ رَمَضان، هَلْ يثبت بواحِدٍ(١) أم لا؟ وأنّه إنْ ثبت، فسبيله سبيلُ الشّهادات، أم

(١) استدرك في المهمات ما لو شهد بإسلام الذمي قبل موته فإنه لا يحكم به بالنسبة إلى الإرث وفي قبولها في الصلاة عليه وجهان مبنيان على القولين في هلال رمضان ونازعه في الخادم وقال إنه إخبار والذي في شرح المهذب كما قاله في المهمات، وزاد في الخادم مسائل:
منها: لو نذر صوم شعبان مثلاً فشهد واحد باستهلاله فوجهان في البحر مبنيان على أن النذر يسلك به مسلك جائز الشرع أو واجبه.
ومنها: لو شهد واحد بطلوع فجر رمضان، هل يلزمه الإمساك عن الطعام أو لا بدّ من اثنين فيه احتمالان لوالد الروياني مبنيان على قبول شهادة الواحد في هلال رمضان حكاهما عنه قبل باب الأيام المنهي عن صيامها ومقتضاه ترجيح القبول.
ومنها: المسمع للخصم كلام القاضي أو الخصم يقبل فيه الواحد وهو من باب الشهادة كما ذكره الرافعي قبل باب القضاء على الغائب.
ومنها: سبق أن القاضي يكتفي بقول العون في امتناع الخصم المتعذر من الحضور وتعذره بذلك.
ومنها: العيب في البيع يقبل فيه قول الواحد كما حكاه الرافعي في بابه عن التهذيب ثم حكي عن المتولي خلافه ولم يرجح شيئاً، واستدرك الشيخ بهاء الدين بن شداد الحلبي صورة أخرى فقال: وقد حكى كلام الذخائر في حصر الاستثناء في هلال رمضان، وعجيب منه هذا الكلام وقد تقدم تقديره أنه إذا أقام شاهداً واحداً استحق الحيلولة والوقف في صور متعددة وهو حق ثبت بالشاهد الواحد فلعله أراد بذلك أن هذه أمور تابعة لحقوق لا أنها مقصودة، انتهى. والعجب منه فإنه=

سبيلِ الروايات؟ فإنْ قلْنا: لا يثبت، أو ثبت، وسبيلُه سبيلُ الروايات، فلا استثناء في اعتبارِ العدَدِ في الشهادات وإنْ أثبتناه، وجعلْنا سبيلَهُ سبيلَ الشَّهادات، وهو الأَصَحُّ، فهذه الصورة مستثناةٌ عنه.

ومسألة الشاهِدِ واليمين ينقض قولنا: إن قول الشاهِد الواحِد غَيْر مكتفٍ به للحُكْم، وإنْ قِيلَ عَلَىٰ وجه: إنَّ القضاء هناك بالشَّاهد علَىٰ ما سيأتي؛ لأنَّ ذلك القائل لا ينازع في كون اليمين شرطاً؛ لجواز الحُكْم بالشاهد، فلا يكون قول الشاهد مكتفٍ به.

وإذا عُرِفَ ذلك، فإنَّ صاحب الكتاب رتَّب الشهاداتِ عدَداً وصفةً علَىٰ ثلاث مراتب:

إحداها: الشهادةُ على الزنا، وإنَّما يثبت الزنا بشهادةِ أربعةٍ من الرجالِ، قال الله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ**﴾ [النور: ٤] قال تعالَى: ﴿**لَوْلاَ جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ**﴾ [النور: ١٣] وَقَالَ عَزَّ اسْمُهُ: ﴿**فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ**﴾ [النساء: ١٥] وَقَالَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرَأَيْتَ لَوْ وَجَدْتُ مَعَ امْرَأَتِي رَجُلاً، أُمْهِلُهُ حَتَّى آتِيَ بِأَرْبَعَةٍ مِنَ الشُّهَدَاءِ فَقَالَ: نَعَمْ وَعَنِ الزُّهْرِيِّ أَنَّهُ قَالَ: مَضَتِ السُّنَّةُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ وَالخَلِيفَتَيْنِ بَعْدِهِ أَلاَّ تُقْبَلَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي الْحُدُودِ[1] وَفِي الإِقْرَارِ بِالزِّنَا قَوْلاَنِ:

أحدهما: أَنَّهُ لاَ يثبُتُ إلا بأربعة أيضاً؛ لأنه يتعلَّق به إقامةُ الحَدِّ، فأشبه نفْسَ الزنا.

والثاني: يثبت بشاهِدَيْن؛ لأنَّ المشهود علَيْه قولٌ، وإقرارٌ، فأشبه سائر الأقوالِ والأقارير، قال القاضي الرُّويانيُّ: وهذا أصحُّ، وعن الشيخ أبي عاصم نقلُ قولٍ غريبٍ: أن القذف إنَّما يثبتُ بشهادة أربعةٍ؛ لأنَّه نسبةٌ إلى الزنا، فكان كالإِقرار، والصحيحُ خلافُه؛ واللواطُ وإتيانُ البهيمةِ، إنْ أوجبنا بهما الحدَّ، فلا يثبتان إلاَّ بأربعةٍ، وإنْ لم نوجِبْ إلاَّ التعزيرَ، فوجهان: وقال صاحب الكتابَ: قَوْلاَن:

أحدهما: الثبوت بشاهَدَيْنِ كسائر الجنايات، وبهذا قال ابن خيران، ويُحْكَىٰ عن المُزَنِيِّ أيضاً.

وأصحُّهما: المنْعُ، ووجَّهوه بأنَّه إيلاجُ فَرْجٍ في فرجٍ، فكانتِ الشهادةُ علَيْه كالشهادة على الزِّنَا.

= الشاهد الواحد على القول بالحيلولة والوقف به لا يثبت به الحق المدعي إنما هي حيلولة ووقف وليس من الحكم في شيء.

(١) روي عن مالك عن عقيل عن الزهري بهذا، وزاد: ولا في النكاح، ولا في الطلاق، ولا يصح عن مالك، ورواه أبو يوسف في كتاب الخراج عن الحجاج عن الزهري به، ومن هذا الوجه أخرجه ابن أبي شيبة عن حفص بن غياث عن حجاج به.

ثم الفصْلُ يشتمل على مسألتَيْنِ:

إحداهما: وقد تعرَّض لها مرَّةً في الكتاب في باب السرقة، وليس لها اختصاصٌ بهذا الموضع: يُشْترطُ في الشهادة عَلَى الزِّنا أَنْ يذْكُروا التي زَنَا بهَا، وأَنْ يذْكُروا الزِّنَا مفسراً، فيقولوا: رأيناه أَدْخَلَ فرْجَهُ في فَرْجِهَا؛ كالمرْوَدِ في المُكْحُلَةِ، أو كالرُّشَا في البِئْرِ، ولا يكفي إطلاق الزنا؛ فإنَّهم قد يظنون المفاخذَةَ زِناً، فقد ورد في الخَبَرِ «زِنَا الْعَيْنَيْنِ النَّظَرِ»[1] وقد تكون الموطوءة أَمَةً مشتركةً بَيْنَهُ وبين غيره أو جارِيةَ ابْنِهِ، فالشاهدُ يظنُّ إصابتها زناً، وليس كما إذا ادَّعت وطء شبهة، وطالبت بالمَهْر حيث يكفي شهادةُ الشُّهُود على الوطء، ولا يُشْتَرَطُ أنْ يقولوا: رأينا ذلك منه في ذلك منها؛ لأن المقصود هناك المالُ، فلم يلزم هذا الاحتياط.

الثانية: هل يجوزُ النَّظَر إلى الفَرْج، لتُحَمُّل شهادة الزِّنَا والشهادة على الولادة، أو شيء من العُيُوب الباطنيَّة أو لا يجوز وإنَّما يشهدُ عليها عند وقوع النَّظَر عليه اتفاقاً فيه وجوه؛ ذكرناها في أول النكاح، وأصحُّهما: الجواز، وهو الذي أورده صاحب الكتاب هناك في شهادة الزنا، ويُحكَىٰ هذا عن نص الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ في «أحكام القرآن» وغيره، وبه قال أبو إسحاق، وابن القاصِّ.

والثاني: المنع مطلقاً.

والثالث: لا يجوز؛ كشهادة الزنا ويجوز لغيرها.

وهذه الثلاثةُ أوردها هُنَا.

والرابع: أنَّه يجوز للزِّنَا، ولا يجوز لغَيْره؛ لأنَّ الزانِيَيْنِ هتكا حُرْمَتَهما بالزِّنَا، ويُقَالُ: إنَّ أبا الطيِّب بْنَ سلمة كان يقول بهذا، ثم رجَع إلى الأول.

وقوله في الكتاب: «إلاَّ في هلال رمضان» لو أعلم بالميم؛ لما مر في الصوم، جاز.

وقوله: «للشهادات ثلاثُ مراتب؛ الأولَى الزنا» قال: «الثانية: ما عدا الزنا» يعني الشهادة في الزنا والشهادة فيما عدا الزنا، فحذف لوضُوحه.

وقوله: «أَدْخَلَ فرجه في فرْجِها» لا يخفى أنَّ الحكم منوطٌ بقدْر الحشفة لا بجميع الفَرْجِ، وأنَّ الشاهد يتعرَّض مع ذلك؛ لكونه على سبيل الزنا، ولم يعدَّه في كلام الشهود؛ اكتفاء بأنَّ الكلام في الزنا، والتشبيه بالمِرْوَدِ والمُكْحُلَة زيادةُ بيان، وليس بَشرط، كذلك ذكره القاضي أبو سَعْدٍ.

---

(١) رواه مسلم من حديث أبي هريرة وقد مضى في اللعان.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **الثَّانِيَةُ: مَا عَدَا الزِّنَا مِمَّا لَيسَ بِمَالٍ وَلاَ يَؤولُ إِلَى مَالٍ كَالنِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ وَالطَّلاَقِ وَالْعِتْقِ وَالإِسْلاَمِ وَالرِّدَّةِ وَالبُلُوغِ وَالوِلاَدَةِ وَالعِدَّةِ وَالجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ وَالعَفْوِ عَنِ القِصَاصِ حَتَّى الوَصَايَا وَالوِكَالَةِ فَيَثْبُتُ بِرَجُلَيْنِ، وَلاَ يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، أَمَّا مَا لاَ يَظْهَرُ لِلرِّجَالِ كَالوِلاَدَةِ وَعُيُوبِ النِّسَاءِ وَالرَّضَاعِ فَإِنَّه يَثْبُتُ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَلاَ تَثْبُتُ الوِلاَدَةُ بِقَوْلِ القَابِلَةِ وَحْدَهَا.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المرتبة الثانيةُ للشهادَةِ فيما ليس بمالٍ، ولا يُقصَدُ منه المالُ، وهو إمَّا عقوبة أو غيرُها.

أمَّا قسم العقوبات، فإنَّها لا تَثْبُت إلاَّ برجلَيْن يستوي فيه حقُّ الله تعالَىٰ؛ كحد الشرب، وقَطْع الطريقِ، والقَتْل بالردَّة، وحقُّ العباد، كالقصاص في النَّفس، والطَّرَف، وحدِّ القذف، والشهادةُ على الإقْرار بها كالشهادةِ بنَفْسها، والتعزيرُ كالحدِّ، فلا مدْخَلَ لشهادة النساء فيها، لما مر من حديث الزّهْرِيِّ ـ رضي الله عنه ـ.

والقسم الثاني: في غير العُقُوبات، فإمَّا أَنْ تطلع عليه الرجال غالباً أو لا يطلع، ويختص معرفته بالنساء غالباً.

الضرب الأول: ما يطلع عليه الرجالُ غالباً، كالنكاح، والرجعة، والطلاق، والعَتَاق، والإسلام، والردة، والبلوغ، والولاء، وانقضاء العدة وجرح الشهود، وتعديلهم، والعفو عن القصاص، وكل ذلك لا يَثْبُتُ إلا برجلين أيضاً، ولا تُقْبَلُ فيه شهادةُ رجُلٍ وامرأتين؛ خلافاً لأبي حنيفة.

واحتج الأصحابُ بقياسها على القصاص، لجامع أنَّ ذلك ليس بمال، ولا المَقْصِد منه المال، وهو مما يطَّلع عليه الرجال، ومن هذا الضرْب الوكالة، والوصاية، وإن كانتا في المال؛ لأن كل واحدةٍ منهما في نفسها ولايةٌ وسلطنةٌ، ومن ادَّعاهما فإنَّما يدَّعي ويثبت قولاً للغير لا مالاً؛ ومنه الإيلاءُ، والظِّهار، والموتُ، والإعسار، والخُلْعُ من جانب المرأة، والكتابةُ، والتدْبيرُ، والاستيلادُ، إذا ادعاها المملوك، وحكى القاضي ابن كج في الكتابة وجهاً: أنه يثبت برجلٍ وامرأتَيْنِ، والشركةُ والقِرَاضُ معدودانِ في «التهذيب» مما نحن فيه؛ لأن كلَّ واحد منهما توكيل وتفويض يُصْرَفُ إلَى الغير، وأدرجَ في «الوسيط» الشركة فيما يثبت برجل وامرأتين، والأول أظهر، ومنه القضاء والولايةُ إن أحوجنا فيهما إلى البينةِ، والشهادة على الشهادةِ، والإحصانُ، وكفالة البدن، والشهادة برؤية هلال غير رمضان.

والضرب الثاني: ما لا يَطَّلع عليه الرجال غالباً، يختصُّ بمعرفته النساء، فتُقْبَلُ فيه شهادتهن على انفرادِهِنَّ، لما رُوِيَ عن الزُّهْرِيِّ ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: «مَضَتِ السُّنَّةُ

بِأَنْ يَجُوزَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي كُلِّ شَيْءٍ لاَ يَلِيهِ غَيْرُهُنَّ»[1] وذلك كالولادة، والبَكَارة، والثِّيَابَةِ، والرَّتْقِ، والقَرَنِ، والحَيْضِ، والرَّضَاع[2]، واستهلال المَوْلُود؛ وفي الاستهلال قولٌ آخرُ عن رواية الربيع، والظاهرُ الأولُ، وعيْب المرأة من برصٍ، وغيره تحْت الإِزار، حرةً كانت، أو أمةً من هذا القبيل.

قال في «التهذيب»: والعيبُ في وجه الحُرَّة، وكفِّها، لا يثبت إلا برجلَيْن، بناءً على أنهما ليسا من العورة وفي وجْه الأمة، وما يبدو منها عند المهنة، يثبت برجلٍ وامرأتين؛ لأن المقصود منه المالُ، والجراحةُ التي تصيب فرج المرأة لا تُلْحَقُ بالعيب؛ لأن جنْس الجراحَةِ مما يَطَّلِعُ عليه الرجالُ غالباً كذلك ذكره، لكن جنْس العَيْب أيضاً مما يطَّلع عليه الرِّجَال غالباً إنما الذي لا يَطَّلِعون عليه العيْبُ الخاصُ[3]، وذلك الجراحة الخاصة، وكل ما هو من هذا الضَّرْب فلا يثبت بأقلَّ من أربع نسوة، تنزيلاً لاثنتين منْهُنَّ منزلة رجلٍ، وما يثبت بهن، يثبتُ برجلٍ وامرأتَيْنِ، وبرجلَيْن بطريق الأولَىٰ.

وقال أبو حنيفة: تثبت الولادةُ بشهادةِ القابلةِ وحْدها في حقِّ الزوجة عنْد ظهورِ الحَمْل ولا يثبُتُ في حق المطلقة، قال: ولا يثبت الرضاعُ بشهادة النساء المنفرداتِ، وعند أحمد: يثبت الرضاع بشهادة المرْضَعة وحدها، وعند مالك: يكفي شهادة امرأتَيْن في هذا الضرْب.

ويجوز أن يُعْلَم قولُه في الكتاب: «فإنَّه يثبت بأربع نسوة» بعلاماتهم، لمذاهبهم.

وأن يُعلَم قوله: «ولا تثبت الولادة» بالحاء.

وكذلك قوله من قبل «ولا تثبت برجل وامرأتين».

وقوله في أول الفصل: «ولا يؤول إِلَىٰ مالٍ» محمول على ما قاله الأصحاب، وهو أنه ليس المقصد منه ومِنْ إثباته المَالَ والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الثَّالِثَةُ: الأَمْوَالُ: وَحُقُوقُهَا كَالأَجَلِ وَالخِيَارِ وَالشُّفْعَةِ وَالإِجَارَةِ وَقَتْلِ الخَطَأ وَكُلِّ جُرْحٍ لاَ يُوجِبُ إِلاَّ المَالَ فَيَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَينِ، وَكَذَا فَسْخُ العُقُودِ وَقَبْضُ

(١) ابن أبي شيبة نا عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن الزهري به بلفظ: فيما لا يطلع عليه غيرهن، ورواه عبد الرزاق عن ابن جريج، عن ابن شهاب، قال: مضت السنة، أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن، من ولادات النساء وعيوبهن.

(٢) أي يختص بالنساء. قال في القوت: قال القفال والقاضي الحسين والمتولي الرضاع من لبن حلب آنية لا يثبت إلا برجلين والشهادة بأن هذا من لبن هذه المرأة يثبت بشهادتهن.

(٣) قال النووي: الصواب إلحاق الجراحة على فرجها بالعيوب تحت الثياب، وعجب من البغوي كونه ذكر خلاف هذا، وتعلق بمجرد الاسم.

نُجُومِ الكِتَابَةِ إلاَّ النَّجْمَ الأَخِيرَ فَفِيهِ وَجْهَانِ لِتَرَتُّبِ العِتْقِ عَلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المرتَبَةُ الثالثةُ الشهادةُ فيما هو مالٌ، أو المقصودُ منه المالُ، كالأعيان، والديون، والعقود، والمالية، فتثبت بشهادةِ رجُلٍ وامرأتَيْنِ ثبوتَهَا بشهادة رجلَيْن، قال الله تعالَىٰ: ﴿**وَٱسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ**﴾ [البقرة: ٢٨٢] فلا يثبت بشهادة النساء وحْدَهُنَّ، فمن هذه المرتبة البَيْعُ، والإقالةُ، والردُّ بالعيب، والإجارةُ، والوصيَّةُ بالمال، والحوالةُ والضمانُ، والصلحُ، والقرضُ، والشُّفعةُ، والمُسَابقةُ، وخيولُ السَّبْق[1] والصَّدَاقُ في النكاح، وفي الوطء بالشُّبهة، والغَصْب، والإتلاف، والجناياتِ التي لا توجِبُ إلا المال، كالقتلِ الخَطَأ، وقتلِ الصبيِّ، والمجنونِ، وقَتْلِ الحرِّ بالعَبْدِ، والمسلِمِ بالذميِّ، والوالِدِ بالولدِ، والسَّرقةِ التي لا قَطْعَ فيها.

وكذلك حقوقُ الأموال، والعقود؛ كالخيار، وشرطِ الرهْنِ، والأجَلِ، وفي الأَجَلِ وجْهٌ توجيهاً بأنه ضربُ سلطنةٍ فكأنه كالوكالة.

ومنها: قبض الأموال، ومن جملتها نجومُ الكتابة، وفي النجم الأخير وجهان:

أحدُهما: أنه لا يثبت إلا برجلَيْن؛ لتعلُّق العتق.

وأصحُّهما: علَى ما ذكره صاحب «التهذيب»: أنه كسائر النجوم، والعتقُ يحصُلُ بالكتابة وأدرك جميع النجوم لا بالنجم الأخير.

ومنها: الإبراء، والرهنُ على المشهود، وفي شرح الموفَّق بن طاهر: أن الربيع قال: لا يثبت الإبراءُ إلا برجلَيْن، وحكى القاضي ابن كج في الرهنْ وجهاً مثله.

ومنها: طاعة المرأة؛ لاستحقاق المنفعة، وقتلُ الكافر؛ لاستحقاقِ السَّلب، وإدمان الصيدُ لتملكه وعجز المكاتب عن النجوم.

ومنها: الوقف، وفي ثبوته برجلٍ وامرأتَيْنِ عَلَىٰ ما سنذكر، إن شاء الله تعالى، في ثبوته بالشاهد واليمين في الباب الرابع[2].

ومنها: لو مات سيِّدُ المُدبَّر، فأدَّعَى الوارث؛ أنه كان قد رجَع عن التدبير، إذا قلْنا يجوز الرجوع ثبت دعواه برجل وامرأتَيْن.

ولو ادَّعَىٰ رِقَّ شخص، أو ادَّعَىٰ جارية في يد الغير؛ أنها أم ولده، ثبت دعواه

---

(١) كذا وفي في بعض نسخ الشرح، وقال في القوت الصواب حصول كما أورده الرافعي أي في النسخ الصحيحة وأطال في ذلك تبعاً للمهمات.

(٢) في ز: وإن مات.

برجُلٍ وامرأَتَيْنِ؛ لأنه يدَّعِي مالاً، ولو توافق الزوجان على الطَّلاق، وقال: طلقتُكِ على كذا، وقالت: بل مَجَّاناً؛ ثبت دعْوَى الزوْج برجل وامرأتَيْن وكذا لو قال لعبد: أعتقتُكَ على كذا، وقال: بل مجَّاناً.

ولو توافق الزوجان على النكاح، واختلفا في قدْرِ الصَّدَاق، أو صفته، أو على الخُلْع، واختلفا في قَدْر العوض، أو صفته، ثبت برجل وامرأتين، وكذا لو توافق السيد والعبدُ على الكتابة، واختلفا في قدْر النجوم، أو صفَتِها، والإقرارُ بكلِ ما يثبت برجلين يثبت برجلٍ وامرأتينِ.

وقوله في الكتاب «وكذا فسخ العقود» يعني العقود المالية، فأما فسوخُ النِّكَاح، فهي كالطَّلاق.

فَرْعٌ: شهادة الخُنثَى المُشْكِل كشهادةَ المرأة، والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَإِذَا شَهِدَ عَلَى السَّرِقَةِ أَوِ العَمْدِ رَجُلٌ وَاْمْرَأَتَانِ ثَبَتَ المَالُ وَإِنْ لَمْ تَثْبُت العُقُوبَةُ، وَيَثْبُت مَهرُ النِّكَاحِ وَإِنْ لَمْ يَثْبُت النِّكَاحُ بِهِ، وَلَوْ عَلَّقَ طَلاَقَهَا عَلَى الوِلاَدَةِ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ وَلاَ يَقَعُ الطَّلاَقُ، وَلَوْ ثَبَتَ عَلَيْهَا الغَصْبُ بِشَهادَةِ رَجُلٍ وَاْمْرَأَتَينِ فَقَالَ الزَّوْجُ: إِنْ كُنْتِ غَصَبْتِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ وَقَعَ بِخِلاَفِ مَا لَوْ تَقَدَّم التَّعْلِيقُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لو شهد على السَّرقة رجلٌ وامرأتانِ، ثبت المال، وإن لم يثبت القَطْع؛ لأن المالَ يثبتُ برجُلٍ وامرأَتَيْنِ، والعقوباتُ لا تثبت، ومنهم من حَكَىٰ في المال قولاً آخر، كما لو شَهِدَ على القَتْل العَمْدِ رجُلٌ وامرأتان؛ فإنَّه لا يثبتُ الدِّية، كما لا يثبت القصاص، والظاهر الأولُ، وفرَّقوا بأن السرقة توجِبُ القطْعَ والمالَ جميعاً، فما تمَّت حجته، ثبتت، وما لم يتم، لا يثبت، والقتل لا يوجِبُهما معاً، إما أن نوجِبَ القصاص بعينه، ولم تقمْ حجَّته، فإذا لم يثبت، لم يثبت بدلُه، وإما أن نوجِبَ أحدَهُما لا بعينه، وإنَّما يتعيَّن الاختيار، فلو أثبتنا المالَ على التغْيِين، لم يفِ بموجبه.

ولو شهد رجلٌ وامرأتانِ علَىٰ صداقٍ في نكاح ادَّعَتْه امرأة، ثبت الصَّدَاق، وإن لم يثبت النكاح، فإن الصداق هو الذي يقْصده، ولو علَّق طلاق امرأته، أو عِتْقَ عبده على الولادة، فشهد بالولادة أربعُ نسوةٍ، ثبتت الولادة، ولا يقع الطلاقُ، والعتْقُ، وكذا لو علَّقهما على الغَصْب أو الإتْلاَف فشهد بهما رجلٌ وامرأَتَانِ، ثبت الغصْبُ والإتلاف، ولم نحكم بوقوع الطلاق، ولا بحصولِ العِتْق، نصَّ عليه.

وهو كما مرَّ في الصوم؛ أنا إذا أثبتنا هلالَ رمَضَان بشاهدٍ واحدٍ، لم نحكم بوقوع الطَّلاق والعتْق المعلَّقين برمضان، ولا بحلول الدَّيْن المؤجَّل به، وهذا إذا تقدَّم التعليق وذكر ابن سُرَيْج ووافقه عامة الأصحاب ـ رحمهم الله ـ: أنه لو ثَبَت الغصْب أولاً بشهادة

رجُلٍ وامرأتين، وحكم الحاكم به، ثم جرى التعليقُ؛ فقال لزوجته: إن كُنْتِ غصبْتِ، فأنتِ طالقٌ وقد ثبت عليها الغصْبُ، كما وصفنا، وقع الطلاق، بخلافِ ما لو تقدَّم التعليق على الشهادة والحكم، وهذا ما أورده صاحب الكتاب، وقياسُه أن يكون الحُكْمُ كذلك في التعليق برمضان، وحكَى الإمَامُ أن شيخه حكَىٰ وجهاً آخر: أنه لا يقع، كما لو تقدَّم التعليق، وقد يُفرَق بينهما بأن التعليق بعْد حُكْمِ القاضي واقعٌ بعْد ثبوت الغَصْب في الظاهر، فَيُنَزَّلُ عليه، وإلاَّ، فهو مراغمةٌ لحكم القاضي، وقد صرَّح فيه، والتعليقُ قبله منصرفٌ إلى نفس الغصب، فإذا شهد رجلٌ وامرأتان، لم يقع الطلاق، وإن ثبت الغصبُ.

كما لا ثبت القطْع في السرقة، وإن ثبت المال، وذكر القاضي الرويانيُّ في تقرير كلام ابن سُرَيْج؛ أنه قد يترتب على البينة ما لا يثبت بتلك البينة؛ ألا ترى أن النَّسَب والميراث يترتَّبان على الولادة وثبتت الولادةُ بشهادة النساء وحْدَهُنَّ، ولا يثبتان بشهادة النِّساء وحْدَهُن؟ ولكن هذا يدْفع الفَرْق، ويقتضي وقوع الطَّلاَق والعتْق، وإن تقدَّم التعليق على الشَّهادة، وحكم الحاكم، ويؤيِّده أنا إذا قَبِلْنا شهادة الواحِدِ في هلال رمضان، وصُمْنا ثلاثين، نفطر، وإن لم نر الهِلاَل على أظهر الوجهين، كما مَرَّ في موضعه.

وفي هذه الصورة انتشار واضح ظاهرٌ، وربما أمكن لَمُّ بعضِ الشَّعَث بأن يقال: ما شَهِدَ به رجلٌ وامرأتانِ، لم يخل؛ إما أن يكون نفسه مما تثبت بشهادتهم، أو لا تثبت، إن لم تثبت، كالسرقة، والقتل، فإن كان له موجب يثبت بشهادتهم كالمال الذي هو أحدُ موجِبَيِ السرقة، يثبت، والقاضي، والحالةُ هذه، لا يحكم بالسَّرقة، وإنما يحكم بالمال في سرقةٍ شَهِدوا بها، وإن لم يكُنْ له موجبٌ بشهادتهم، لم يثبت شيءٌ؛ كالقصاص الذي هو موجِبُ العمد، على أحد القولَيْن، وكأحد الأمرَيْنِ، إذا قلنا: إنه موجبه أحد الأمرين.

فإن شهادة رجل وامرأتين، إنَّما تصلح للدِّيَة على التعْيين، لا لأحدهما علَى الإِطلاق الذي جعَلْنَا موجباً علَىٰ هذا القول، وإن ثبت نفس المشهود به بشهادتهم، فالمرتَّب عليه، إما شرعيٌّ، أو وضعيٌّ، إن كان شرعيّاً كالنسب، والميراثِ، المرتَّبيْن على الولادة، فيثبتان؛ تبعاً للولادة؛ لأن الترتيب الشرعيَّ يُشْعر بعموم الحاجة، وتعذُّر الانفكاك، أو تعسّره.

ومِنْ هذا القبيل الإِفطارُ بعد الثلاثين، وإن كان وضعيّاً، كترتيب الطلاق، والعتق بالتعيْين، وترتُّب الحلول بالتأجيل، فلا ضرورة في ثبوت الثاني بثبوت الأول، فإن علق به بعد ثبوته، أَلْزَمْناه ما أثبتناه، كما ذكره ابن سُرَيج، والله أعلم.

وقوله في الكتابِ «إذا شهد على السرقة، أو العمد رجلٌ وامرأتان، ثبت المال، وإن لم تثبت العقوبة» فيه تسويةٌ بين أن يشهدوا على السرقة وبيْن أن يَشْهَدوا على القتل

العَمْد، في أن يثبت المال، ولا تثبت العُقُوبَة، وهذا الحكمُ صحيحٌ في السرقة، وقد ذكره مرةً في السرقة أما في القَتْل العمد، فهو خلافُ ما نصَّ عليه الأصحابُ على ما بيَّنَّاه، وليس له في «الوسيط» ذكْرٌ، بل فَرق في «باب السرقة» بين شهادتهم على السرقة، وشهادتهم على القتل، كما فعل غيره، ولا محمل لِمَا جرَىٰ ههنا إلا السهو.

وليُعْلَمْ قوله: «يثبت» بالواو؛ للوجْه المذكور في السرقة.

وقوله: «وقع» بالواو؛ للوجه المسوِّي بين أن يتقدَّم التعليق أو يتأخر.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **فَرْعٌ: مَنْ أَقَامَ شَاهِدَيْنِ فَقبل التَّزْكِيَةُ لَهُ أَنْ يَطْلُبَ الحَيْلُولَةَ إِنْ كَانَ المَالُ مُشْرِفاً عَلَى الْهَلاَكِ أَوِ النَّقْلِ، وَفِي العَقَارِ وَجْهَانِ، وَلِلعَبْدِ طَلَبُ الحَيْلُولَةِ عِنْدَ إِقَامَةِ الشَّاهِدَيْنِ عَلَى الْعِتْقِ، وَفِي الأَمَةِ يَجِبُ عَلَى القَاضِي ذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ، وَهَلْ لَهُ طَلَبُ الحَجْرِ فِي دَعْوَى الدَّيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ هَلْ يَنْزِلُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ مَنْزِلَةَ شَاهِدَيْنِ فِي إِيجَابِ الحَيْلُولَةَ فِيهِ قَوْلاَنِ، ثُمَّ إِذَا قُلْنَا بِهِ فَلاَ نَزِيدُ عَلَى ثَلاَثَةِ أَيَّام، وَإِنْ لَمْ يتِمِّ البَيِّنَةُ رُفِعَ الحَيْلُولَةُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا ادَّعَىٰ مالاً عَلَىٰ إِنْسَانٍ، وَشَهِدَ له بِذَلِك شاهدان نُظِر. إن كان عيناً، وطلب المدَّعِي الحيلولةَ بَيْن المال المدَّعَىٰ، وبين المدَّعَىٰ عليه، ووقَفَها إِلَىٰ أن يُزَكَّى الشاهدان، أجيب إليه، إن كان المالُ مما يُخَاف عليه التعيُّب والضَّيَاع، وإن كان عقاراً، ففيه وجهان حكاهما الإمام:

أشبَهُهما: وهو قضية إطلاق أكثرهم أنَّه لا فرق.

والثاني: لا يُجَابُ؛ لأنه مأمونُ الضياع.

وحكى الشيخ أبو الفرج عن الإصطخرِّي: أنه لا ينْزَع العين أصلاً، وإن كان المدعَىٰ دَيْناً، فلا يُستَوفَىٰ قبل التزكية، وذكر القاضي ابن كج أن أبا الحُسَيْن بن القطَّان روى وجْهاً، أنه يُسَتْوفَىٰ ويُوقَفُ، والظاهر الأولُ، ولو طلب المدَّعَىٰ أن يحجر القاضي عليه، ففيه وجهان أورَدَهُما الإمام.

نقل عن الأكثرَين أنه لا يجيبه، لأن ضرر الحَجْر في غير المشْهُود به عظيمٌ، وعن القاضي الحُسَين؛ إن كان يُتَوَهَّم فيه الحيلة، حجر عليه، كيلا يَضِيع مالُه بالتصرُّفات، والأقاريرِ، وسكت عامة حامِلِي المذْهَب عن الحَجر، لكن قالوا: هل يُحْبَسُ المدَّعَىٰ عليه، إذا كان المدَّعَىٰ دَيْناً؟ فيه وجهان، قال صاحب «التهذيب»:

أصحُّهما: أنه يُحْبَسُ، لأن المدَّعِي أتَىٰ بما عليه، فالبحْثُ بعد ذلك من وظيفة القاضي، وظاهر الحالِ العدالةُ، وبهذا قال أبو إسحاق.

والثاني: ويُحْكَىٰ عن الإصطخرِّي المنع؛ لأنَّ عدالة الشاهدَيْن غيرُ معلومةٍ، والأصل براءة الذمَّة، وعلى هذا؛ قيل: إنْ تكفَّل، فللمدَّعِي ملازمَتُه إلَىٰ أن يُعْطِيَه كفيلاً، وأجرة من يبعثه القاضي معَهُما للتكْفيل علَىٰ المدَّعِي، وإنْ كان المدَّعَى قصاصاً، أو حد قذفٍ، يُحْبَسُ المشهود عليه، لأن الحقَّ متعلِّق ببدنه، فيحتاط له[1] وفي حدود الله تعالَىٰ لا يُحْبَسُ.

وفي دعْوَى النكاح تُعْزَل المرأة عند امرأةٍ ثقةٍ، وتمنع من الانتشار والخُروج، وفيه وجه ضعيفٌ وعلى هذا؛ هلْ يُؤْخَذ منْها كفيلٌ؟ فيه وجهان عن صاحب التَّقْريب، قال القاضي أبو سَعْد: فإنْ كانت المرأةُ تحْت زوْجٍ، لم يمْنَعْ منها الزوج قبل التعديل؛ لأنه ليس مدّعًى عليه، وليس البُضْع في يده، فلا معنى لإيقاع الحَجْر علَيْه قبل التعديل، ولو شهد شاهِدَان لعَبْدٍ بأن سيِّدَه أعتقه، وطلَبَ العَبْدُ الحيلولة قَبْل التزكية، فيجيبه القاضي إليه ويحول بينه وبين سيِّده، ويؤخِّره، وينفق علَيْه، فما فضل، فهو موقوفٌ بينه وبيْن سيِّده فإن لم يكُنْ له كسْبٌ، أنفق عليه مِنْ بيْت المال، ثم يُرْجَعُ علَىٰ سيِّده، إنْ بان جرح الشهود واستمر الرقُّ، وكذلك الأعيان المنتزعة يؤجرها وهل يتوقَّف الحيلولةُ على طلب العَبْد؟ فيه وجهان، الذي أوْرَدَه، الإمام أنَّه إذا رأى القاضي أن يحول بينهما. فَعَلَ، ولا حاجة إلَى طلب العبد وفي الأمَة تنحتم الحيلولةُ، احتياطاً للبُضْع وكذا لو ادَّعَتِ المرأة الطَّلاق، وأقامت شاهدَيْن، ففَرَق الحاكمُ بينهما قَبْلَ التزكية، والوجهان في أنَّ طلب العبْد، هل يُشْترط للحيلولة جاريان في انتزاع العَيْن المدَّعاة، ويقْرُب منهما وجهان حكاهما القاضِي ابن كج في أنَّ إجارة العبد تفتَقر إلَىٰ طلب اليد أو العبد أو يؤجِّره القاضي، وإن لم يطلُبْ وَاحَدٌ منهما، والثاني أقرب إلى ظاهر النصِّ، هذا كلّه فيما إذا أقام المدَّعِي شاهدَيْن.

ولو أقام شاهداً واحداً، وطلب الانتزاع قَبْل أن يأتي بآخر، هل يُجَابُ فيه قولان:

أحدهما: نعم، كما لو تمَّ العدَدُ، وبَقِيتِ الحاجةُ إلَى التَّزْكية.

والثاني: لا؛ لأنَّ الشاهِدَ الواحدَ لَيْسَ بحُجَّة، وهناك قد تمَّت حُجَّته، وليسَتِ التزكية جزءاً من الحجَّة، وإنَّما تبين بها قيام الحجَّة، وهذا أصحُّ عند عامة الأصحاب، واختار القاضي الرويانُّي الأول.

وعن أبي إسحاق: أنه قطعَ بِهِ، لأنَّ المال يَثْبُت بشاهدٍ ويمينٍ، وله أن يحلف معه متَىٰ شاء، فكأنَّ الحجَّةَ تَامَّةٌ، وحكى أبو الفرج طريقة قاطعة بالثاني؛ لأنه متمكِّن من إتمام حجَّته بالحَلِف، فإذا لم يفعل، كان مقصِّراً، وله يُحْبَسُ المدَّعَىٰ عليه في القذف

(١) قال النووي: قال البغوي: سواء قذف زوجته أو أجنبياً.

والقِصَاص بشاهدٍ واحدٍ؟ فيه القولان، ولا يجيء الطريقان، ويجري الخلاف في دعْوَى النكاح تعديلاً ثم تكفيلاً، إن لم يعدل.

وفي دعوى العتق والطلاق، هل يحتال؟ فيه القولان، ثم ذكر العراقيُّون والقاضي الرويانيُّ؛ أن الحيلولة والحَبْس قَبْل التعديل يبقيان إلَىٰ ظهور الأمْرِ للقَاضِي بالتزكية والجَرْح، ولا يقدر له مدة، والحيلولة والحَبْس بشاهدٍ واحدٍ، إذا قلْنا به لا يزدادان على ثلاثةِ أيام، وعن أبي إسحاق أنَّ قول تأثير الشَّاهد الواحِدِ موْضِعُه ما إذا أقام شاهداً، وقال: إنَّ الشاهدَ الآخر قريبٌ، وإن قال: إنه غائبٌ لا يحْضُر إلَىٰ ثلاثة أيام، فلا حيلولَةَ ولا حَبْسَ بحال.

وعلى هذا يُنَزَّل قوله في الكتاب وإذا قلْنا به، فلا يزيد على ثلاثة أيام إلى آخره، أي: إذا أوجبنا الحيلولة بشاهدٍ واحدٍ، يجوز أن يُعْلَمَ قولُه في الكتاب «قولان» بالواو، للطريقتَيْن القاطعتَيْن في دعْوَى المال، وكذلك في أول الفَرْع له، إن بَطلت الحيلولة، لما سبق.

واعلم أن هذا النَّوْع لَيْس له كثيرُ اختصاصٍ بالباب بل هو بـ «أَدَب القاضي» أو بـ «الدَّعَاوَى والبينات» أليقُ، وإنما أوْرَدَه ههنا عَلَىٰ ما يشعر به سياقُ «الوسيط» لأنَّه تبيَّن في الباب أن العددَ معتبرٌ في الشهادة، وأنَّ شهادة الواحدِ غَيْرُ محكوم بها، فأراد أن يتكلَّم في شهادة الواحِدِ، له تُعْتَبَرُ في شيْء؟ وإن لم يَكْفِ الحكم؟ ثم إنه قدَّم عليه أثر إقامة الشاهدَيْن قبل التزكية.

فَرْعٌ: قال في «التهذيب»: إذا حال القاضِي بيْن العَبْد والسَّيِّد، وانتزع العَيْن المدَّعاة بعد شهَادَة الشاهدَيْن، وقبْل التَّزْكية، لم ينفذ تصرُّف المتداعِيَيْن فيه، نعم، لو أقر أحدهما بالوقوف لإنسان، أو أوصَىٰ به أو دَبَّر، أو أعْتق، انْتظرْنا ما يستقر الأمرُ علَيْه آخِراً وحكى القاضي أبو سعْدٍ وجهَيْن في نفوذ التصرُّف، وصوَّر فيما إذا أوقع القاضِي الحَجْر على المشْهُود عليه في المشْهُود به، فإنْ أراد بإيقاع الحَجْر علَيْه نفْس الحيلولة، فقد تحصُّلنا من نقله على خلافٍ، وإن أراد التلفُّظ بالحجْر، أشعر ذلك باعتبار الحجر القوليّ لامتناع التصرُّف، قال: وإذا قامَتِ البينة، وحصَل التعدِيلُ، والقاضي ينْظُر في وجْه الحُكْم، فينبغي أن يوقع الحجْرَ عليه في مدة النَّظَر، وإذا وقع، لم ينفذ تصرُّفٍ، قال صاحب «التهذيب»: وقبل الحيلولة والانتزاع لا ينفُذُ تصرُّف المدَّعِي، وينفُذُ تصرُّف المدَّعَى عليه، إن قلْنا: إنَّ طلب المُدَّعِي شرطٌ في الوقْف، وإلا فوجهان:

آخر: الثمرة والغلَّة الحادثتان بعْد شهادة الشاهدَيْن وقبل التزكِيَة للمدَّعِي، وبين شهادة الشاهد الأول والثاني لا يكون للمدعي إلا إذا أرخَّ الثاني ما شهِدَ به بيوم شهادة

الأول، أو بما قَبْلَه، فإن استخدم السَّيِّدُ العَبْدَ المدَّعِيَ للعتْقِ بين شهادَةِ الأول والثاني علَىٰ قولنا، لا يُحَالُ بينهما، وشهد الثاني هكذا، فعليه أُجْرَةُ المثل والله أَعْلَمُ.

البَابُ الثَّالِثُ فِي مُسْتَنَدِ عِلْمِ الشَّاهِدِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَالأَصْلُ فِيهِ اليَقِينُ الوَاضِحُ كَالشَّمْسِ، وَذٰلِكَ بِالإِبْصَارِ المُجَرَّدِ فِي الإِفْعَالِ، وَبِالسَّمْعِ وَالبَصَرِ جَمِيعاً فِي الأَقْوَالِ، فَيَقْبَلُ شَهَادَةَ الأَصَمِّ عَلَى الأَفْعَالِ، وَلاَ يَقْبِلُ شَهَادَةَ الأَعْمَىٰ عَلَى الأَقْوَالَ وَلاَ عَلَى زَوْجَتِهِ الَّتِي يَطَؤُهَا فَإِنَّ الأَصْوَاتَ تَتَشَابَهُ إِلاَّ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِالمُقِرِّ ويَجُرَّهُ إِلَى القَاضِي فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَفِي رِوَايَةِ الأَعْمَىٰ وَجْهَانِ، أَمَّا ما سَمِعَهُ قَبْلَ العَمَىٰ فَيَرْوَى، بَلْ يَشْهَدُ أَيضاً عَلَىٰ مَعْرُوفِ النَّسَبِ بِمَا أَبْصَرَهُ قَبْلَ العَمَى، وَفِي المُتَرْجِمِ الأَعْمَىٰ وَجْهَانِ، وَالقَاضِي إِذَا عَمِيَ بَعْدَ سَمَاعِ البَيِّنَةِ فَفِي القَضَاءِ بِهَا وَجْهَانِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود الباب شيئان:

أحدهما: بيانُ ما تستند إلَيْه الشَّهادة.

والثاني: القولُ في حكم تحملها أولاً، وأدائِها آخراً، إلاَّ أنَّه لم يتعرَّض للثاني في ترْجَمَة الباب، والشهادةُ تحتَاجُ في مستنَدِها تارةً إلى الإِبْصَار، وتارةً لا تحتاج إلَيْه، بل يكفي لها السماعُ، فرتَّب الباب على ثلاثة فصول:

أحدُها: فيما يحتاج إلى الإِبْصَار.

والثاني: فيما يَكْفِي فيه التَّسَامُع.

والثالث: في التحمُّل والأداء، إلاَّ أنه ترك التَّفْصِيل ولم يصرح بالفصل الأول ثم اندفع الفصل الثاني والثالث ولا بأس لو ألحق بأول الباب، وفيه فصول:

الأولُ: فيما يحتاج إلى الإِبْصَار، والأصلُ في الشهادة البناءُ على العلْم واليقين، قال الله تعالَىٰ: **﴿وَلاَ تَقْفُ مَا لَيسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾** [الإِسراء: ٣٦] وقال تعالَىٰ: **﴿إِلاَّ مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾** [الزخرف: ٨٦] ونقَلْنا في أول الشهاداتِ أن النبيَّ ـ ﷺ ـ قال: «عَلَىٰ مِثْلِ الشَّمْسِ فَٱشْهَدْ أَوْ فَدَعْ» ولهذه اللفظة، قال في الكتاب «اليقينُ الواضحُ كالشَّمْس» إلا أن من الحقوق ما لا يحْصُل اليقين فيه، ولا يستغنَىٰ، عن إقامة البينة علَيْه، فأقيم الظنُّ المؤكَّدُ فيه مقام اليقين وجُوِّزت الشهادة بناءً على ذلك الظنِّ كما سيأتي، وقد قسم الشافعيُّ والأصحابُ ـ رحمهم الله ـ المشْهُود به علَىٰ ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يكفي فيه السماع، ولا يحتاج إلى الإِبْصَار، وموضع بيانه الفصْلُ الثاني من الباب.

والثاني: ما يكْفِي فيه الإبصارُ، وهو الأفعالُ، كالزنا، والشرب، والغصْب، والإتْلاَف، والوِلاَدَة، والرِّضَاع، والاصطياد، والإحياء، وكون المال في يد الشخص؛ فيُشْتَرَط فيها الرؤيَة المتعلِّقة بها وبفاعليها، ولا يجوز بناءُ الشَّهادة فيها على السَّمَاع من الغَيْر، وتُقْبَل فيها شهادةُ الأصَمِّ.

والثالث: ما يحتاج إلى السَّمْع والبَصَر معاً؛ كالأقوال، فلا بدَّ من سماعها، ومن مشاهدة قائِلِهَا، وذلك كالنكاح[(١)] والطلاق، والبيع، وجمِيع العقودِ، والفُسُوخ، والإقْرَارِ بها، فلا تُقْبَلُ فيها شهادةُ الأصمِّ الذي لا يسمع شيئاً، ولا تَقْبَلُ شهادةُ الأعمَىٰ فيما يحتاج إلى الإبْصَار[(٢)]، ولا يصحُّ فيه التحميلُ؛ اعتماداً على الصوت، فإن الأصواتَ تتشابه، ويتطرَّق إليها التخيُّل والتلْبِيس، وقال مالك وأحمد ـ رحمهما الله ـ: له التحمُّل والشهادَةُ، اعتماداً على الصوت، كما له أن يطأ زوْجته، ويميِّز بينها وبين غَيْرها بالصَّوْت ونحوه، وأجاب الأصحاب بأنَّ الشهادة مبيَّنةٌ على العِلْمُ ما أمكن، والوطء يجوز بالظنِّ، وأيضاً، فالضرورة تدْعو إلَىٰ تجويز الوطْء له، ولا تَدْعو إلى الشهادة؛ فإنَّ في البَصَر غنية عنه، ويُستَثْنَىٰ عن هذه القاعِدة صورة الضبط، وهي أن

(١) قال البلقيني: يحتاج إلى شرط ثالث وهو أن يكون الشاهدان عارفين باللغة التي يعقد بها النكاح على الصحيح.

فإن قيل هذا شرط لانعقاد النكاح والكلام في شرط الأداء في الأقوال، قلنا أداء الشهادة مبني على صحة التحمل، وإذا لم يصح لا يصح أداء الشهادة.

(٢) أورد في المهمات على الحصر باقي الحواس. قال في الخادم: وهذا الاعتراض اعترض به على الشافعي وقد أجاب عنه الأصحاب بأنه قصد به وجوه العلم التي تقع بها الشهادة فإنه لا يحتاج إلى الذوق والشم في تحمل الشهادة ومعظم الشهادة أن يكون بالوجوه الثلاثة، قال ـ أعني صاحب الخادم ـ: وما جزم به يعني الرافعي هنا في الشهادة على اليد من عدم السماع بالاستعاضة هو بحث له وليس له المنقول فإنه قال بعد ذلك بأوراق أن ابن كج ذكر أنه يجوز الشهادة على اليد بالاستفاضة وقد تنازع فيه لإمكان مشاهدة اليد، وقول المصنف لا تقبل شهادة الأعمى فيما يحتاج إلى الإبصار، وكذا قال في المنهاج ولا يجوز شهادة على فعل كزنا وغصب وإتلاف ولاية إلا بإبصار.

قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج مقتضاه أن الأعمى لا مدخل له في ذلك وليس كذلك فيتصور شهادته في هذه الأمور كلها ففي الزنا إذا وضع يده على ذكر داخل في فرج امرأة أو دبر صبي فأمسكهما ولازمهما حتى شهد عند الحاكم بما عرفه بمقتضى وضع اليد، فهذا أبلغ من الرؤية وفي الغصب أو الإتلاف لو جلس الأعمى على بساط لغيره فغصبه غاصب أو أتلفه فأمسكه الأعمى في تلك الحالة والبساط وتعلق به حتى شهد بما عرفه جاز، وفي الولادة وضعت العمياء يدها على قبل المرأة وخرج منها الولد وهي واضعة يدها على رأسه إلى أن يكمل خروجه وتعلقت بهما حتى شهدت بولادتها مع غيرها قبلت.

يضع رجُلٌ فمه على أذنه، ويد الأعمى علَىٰ رأسه يتيقن أنه يسمع منه، فيقرّ بطلاقٍ، أو إعتاقٍ، أو لرجُلٍ معروفِ النَّسب والاسم بمال، وتعلَّق به الأعمى، ولا يزال يضبطه حتى يَشهَد بما سمع منه عند القاضي، وأصحُّ الوجهين قبولُ الشهادة منه، والحالةُ هذه، لحصول العلم والثاني اطرادُ المنع؛ لأن التصوير المذكور فيه عسْرٌ وتدقيقٌ، واللائقُ حسْمُ الباب كما أنَّا لا نقبَلُ شهادةَ الفاسِق علَى الإِطْلاَق، وإن كان يغْلِبُ على ظَنِّنا صدْقُه، وأما روايةُ الأعمى، ففيها وجهان:

أحدهما: المنْعُ؛ لأنه قد يُلْبَس عليه وقتُ السماع.

والثاني: أنَّها مقبولةٌ، إذا حصل الظنُّ الغالب، واحْتُجَّ له بأن عائشة وسائر أمهات المؤمنين ـ رضي الله عنهنَّ ـ كنَّ يرْوِينَ من وراء السِّتر، ثم يروى السامعُونَ منْهنَّ، ومعلوم أن البُصَراء، والحالةُ هذه، كالعميان، والأول أظهر عند الإمام، وبالثاني أجاب الجُمْهور، وقالوا: يُحْتَمَلُ في الرواية ما لا يُحْتَمَلُ في الشَّهادة على ما تقدَّم.

وهذا الخلاف فيما سُمِعَ بعد العَمَى، أما ما سمعه قبل العمَى، فله أن يرويه بلا خلافٍ، ولو تحمَّل شهادةً تحتاج إلى البَصَر، وهو بصيرٌ، ثم عَمِيَ، فَيُنْظَرُ، إن تحمَّل على رجلٍ معروفِ الاسمِ والنسبِ، يقر لرجُلٍ بهذه الصفة، فله أن يشهد بعد ما عَمِيَ؛ لحُصُولِ العِلْم بالمشْهُود عليه، وبالمَشْهُود له، وكذا لو عَمِيَ، ويد المقر في يده، فشَهِد لِمَعْروف الاسمِ والنسبِ، وإن لم يكن كذلك، لم تُقْبَلْ شهادته، لأنَّه لا يمكنه تعيينُ المشْهود عليه، أو الإِشارة إلى المَشْهود له.

وفي المتَرْجِمِ الأعمى وجهان عن صاحب «التقريب»:

أصحُّهما: أنه يجوز الاعتمادُ علَىٰ قوله، وقد ذكرنا المسألة من قَبْل.

ولو عمي القاضِي بعد سماع البينة وتعْدِيلها، فهل يَنْفذ قضاؤُه في تلْك الواقعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لانعزاله بالعَمَىٰ كما لو انعزَلَ بسببٍ آخَرَ.

وأشبههما: وبه أجاب القاضي الحُسَين: أنه ينفذ، إنْ لم يحتجْ إلى الإِشارة، كما لو تحمَّل، وهو بصير، ثم عمي، وأما شهادة الأعمَىٰ فيما يثبت بالتسامع، فنذكرها في فصْل التسامع.

وقوله في الكتاب «ولا تُقْبَلُ شهادةُ الأعمَىٰ في الأقوال» معلمٌ بالميم والألف، ويجوز أن يُعْلَمَ بالواو؛ لوجْهٍ ضعيفٍ حكيناه في «أدب القضاء» أن العمَىٰ لا يَقْدَح في القضاء، وذلك الوجْهُ على ضعْفه يطَّرد في الشهادة.

وليس قوله: «في الأقوال» للتخصيص، بل كما لا تُقْبَلُ شهادته في الأقوال، لا

تُقْبَلُ شهادته في الأفْعَال؛ فإنَّ الاعتماد فيها على البَصَر وحْدَه.

وقوله: «على زوجته التي يطأها» أشار به إلَىٰ أن شهادته كما لا تُقْبَلُ على الأجانِبِ، لا تُقْبَلُ على زوجته الَّتي يجُوز له وطؤها؛ لما سبق، وعن القفَّال: أنَّ مالكاً سُئِلَ ببخارَىٰ على شهادة الأعمَىٰ، وقصدوا التشنيع عليه، فقال: ما قولُكُمْ في أعمَىٰ يطَأُ زوجته، وأقرَّتْ تحته بِدرهَم، فشَهِدَ عليها، أتصدِّقونه في أنه عرَفَها؛ حتى استباح بُضْعَها؟ ويقولون: إنه لم يَعْرِفْها للإقرار بدرهم، فانعكس التشْنِيعُ إلَىٰ أنْ يحقق الأمر.

وقوله: «يُقْبَلُ في مسألة الضبط» معلم بالحاء، وكذا قوله: «بل يشهد أيضاً على معروف النسب» فإن عند أبي حنيفة لا تُقْبَلُ شهادةُ الأعمَىٰ بحال وقوله: «بل يشهد على معروف النسب» أي لمعروف النسب، وإلا فيحتاج إلى الإشارة إلى المشهود له، وهو غير متمكّن منها والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَمَنْ لاَ يُعْرَفْ نَسَبُهُ فَلاَ بُدَّ مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَى عَيْنِهِ، فَإِنْ مَاتَ أُحْضِرَ مَجْلِسَ الحُكْمِ، فَإِنْ دُفِنَ فَلاَ يُنْبَشُ قَبْرُهُ وَقَدْ تَعَذَّرَتِ الشَّهَادَةُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا شاهد فعْلَهُ من إنْسَان، أو شاهَدَهُ، وسَمِع منه قولاً، فإنْ كانَ يَعْرِفُه بعَيْنه واَسمه ونَسَبه، فيشهد علَيْه عنْد حضوره بالإشَارَة إلَيْه، وعند غيبته ومَوْته بِاَسمه ونَسَبه، فإنْ كانَ يعْرِفه بأسمِه واَسْمِ أبيه دُونَ جدِّه، قال في «الوسيط» يُقْتَصَرُ عليْه في الشَّهَادة، فإن عرفه القاضي بذلك، جاز، وكان يجوز أن يُقَالَ: هذه شهادةٌ على مجْهُول؛ فلا يُعْتَدُّ بها كما ذكرنا في «باب القضاء على الغَائِب» أن القاضِيَ، لو لم يَكْتُبْ إلا أنِّي حكمْتُ عَلَىٰ محمَّد بن أحمد، فالحكْمُ باطل.

وقد ذكر الشيخ أبو الفرج؛ أنه إذا لم يَعْرِفْ نسبه قدْرَ ما يحتاج إلى رفعه، لم يحلَّ له أن يشْهَد إلا بما عرف، لكن الشهادة، والحالةُ هذه لا تفيد، وقال الإمام: لو لم يَعْرِفْه إلا باسمه، لم يتعرَّض لاسم أبيه، لكنَّ الشهادةَ علَىٰ مجرَّد الاسم، قد لا تنفع في الغيبة.

وبالجملة فلا يَشْهد ولا يُجْزِىء على ما لا مَعْرِفةَ له به، فلو سمع اثنين يَشْهدان، أن فلاناً وكَّل هذا الرجل ببيع دارِهِ، وأقرَّ الوكيلُ بالبيع، شهد على إقْرَاره بالبيع، ولم يشْهَد على الوكالة، وكتب القفَّال في مثله؛ أنَّه يَشْهَد علَىٰ شهادة شاهدي الوكالة، وكأنهما كانا أشهداه على شهادتهما، ولو حَضَر عقْدَ نِكَاحٍ زعم الموجب أنَّه وليُّ المخطوبة، أو وكيلُ وليِّها، وهو لا يعرفه وكيلاً، أو وليّاً، أو عَرَف الولاية، والوكالة، لكنْ لم يَعْرِفْ رضا المرأة، وهي ممَّن يُعْتَبَرُ رضاها، فلا يَشْهَد على أنَّها زوجته، ولكنْ يشهد أن فلاناً زَوَّجَ فلانةَ من فلان، وقيل: فلان، فإن لم تُعْرَفِ المرأةُ بنَسبِها، لم يشهد

إلا أن فلاناً قال؛ زوَّجت فلانةً من فلان، ويُقَالُ: إنَّه ورد على القفَّال من القاضي؛ ليزوج فلانة من[1] خاطبها من أحمد بن عبيد الله، وكان الخاطب من جيران القفَّال، فقال: إنما أعْرِفُكَ بأحْمَدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، لا بأحمَدَ بْنِ عبيد اللَّهِ، فلم يزوِّجْها منه.

وفي مثل هذه الصورةِ لَيْس للمكتوب إلَيْه أن يسمع الشهادة علَىٰ أنه أحمد بن عبيد الله؛ لأن القاضي لم يفوِّض إليه سماع البينة، وإن كان يعرف المشهود عليه بعَيْنه دون اَسْمه ونسبه، ويشهد عليه حاضراً، لا غائباً ولا ميتاً، وإذا مات أُحْضِرَ ليشَاهِدَ صورته، ويَشْهَد على عينه، فإن دُفِنَ، فعن القاضي الحُسَين: أنه لا يُنْبَشُ، وقد تعذَّرت الشهادة، وهذا ما أورده في الكتاب، وما استُثْنِيَ عنْه في «الوسيط» ما إذا اشتدت الحاجة، ولم يطُلِ العهدُ بحَيْث بتغيُّر المنْظَر، وهذا ما أورده الإِمامُ علَىٰ سبيل الاحتمال، وقال: الأظهَر ما ذكره القاضي.

ومن لا يعرف اسم المشهود عليه ونسبه، لم يكن له أن يُعْتَمَد قوله، أنه فلانُ بنُ فلانٍ، فيشهد على اسمه ونَسَبه، لكن لو تحمَّل الشهادة، وهو لا يَعْرِف اسْمَه ونسبه، ثم سمع الناسَ منْ بعد يقولون: إنَّه فلانُ بنُ فلان، واستفاض عنه ذلك، فله أن يشهد في غيبته علَى اسمه ونَسَبه، ويكون كما لو عَرَفَها عند التحمل[2].

ولو قال عدلان عند التحمُّل أو بعده: هو فلانُ بنُ فلانٍ، قال الشيخ أبو حامد: له أن يعْتَمِد عليه، ويشهد على اَسْمِه ونَسَبه، وهذا مبنيٌّ علَى أنه يجُوز الشَّهَادة على النسب بالسماع من عدلَيْن، وفيه خلافٌ سيأتي في «فصل التسامح» وكما أن المشهود عليه تارة تقع الشهادةُ علَىٰ عينه، وأخرَىٰ على اَسمه ونسبه فكذلك المشْهُود له فتارة يُشْهَد على أنه أقرَّ لهذا، وتارةً علَىٰ أنه أقر لفلانِ بْنِ فلان.

وكذلك عند غيبة المشهودِ له وإذا شهد الشاهدانِ علَىٰ أنَّ لهذا علَىٰ فلانِ بنِ فلانٍ

---

(١) سقط من: أ.

(٢) قال في الخادم: فيه أمران:

أحدهما: أن ما قطع به من منع الاعتماد على قوله في النسب ينبغي البينة له فقد غلب على شهود الزمان وبعض القضاة إذا حضرهم خصم لا يعرفونه قط أن يكتبوا أقر فلان بكذا أو باع أو اشترى يشهدون بالزور وهم لا يعلمون، فإن المنقول عن الشافعي في مثل هذه القضية إذا صدرت من الشاهد أنه إقرار بالعقد والنسب جميعاً.

الثاني: ما ذكره في التحمل عند الاستفاضة بالنسب موضعه إذا لم يحققه بعينه، فإن تردد فيه أو غلب على ظنه أنه هو لم يشهد كما هو قضية كلام القفال في فتاويه فقال: إلا أن يكون قد شهد ذلك الرجل بعد مدة مديدة وتسامع الناس يقولون إنه فلان بن فلان وهو عند ذلك ممن بينه بغيبته أنه الذي يحمل شهادته فحينئذٍ إذا عرف اسمه ونسبه يجرز له أن يشهد عليه بعد غيبته وموته.

الفلانِيّ كذا، فقال الخَصْم: لسْتُ فلانَ بْنَ فلانٍ الفلانيَّ وفي فتاوى القفَّال: أن عَلَى المدَّعِي البيِّنَة على أن اسمه ونسبه ما ذكراه، فإن لم تكُنْ بينة، حلَّفه، وإن نكل، حَلَف، واستحقَّ، وإن سلم ذلك الاسم والنَّسَب، وادعى؛ أن هناك من يشاركه فيهما، لم يُقْبل منه حتَّى يقيم البينة على ما يدَّعيه، فإن أقامها، احتاج المدَّعِي إلَىٰ إثبات زيادة، يمتاز بها المدَّعَىٰ عليه عن الآخر.

وهذا كما ذُكِرَ في كتاب القاضي إذا بلغ المكتوب إليه، وأحضر من زعم المدَّعِي أنه المحْكُوم عليه، وليكن التصويرُ فيما إذا ادَّعَىٰ أنه يستحِقّ علَىٰ هذا الحاضِر كذا، واسمه ونسبه كذا، وأنه يستحق على من اسمه ونسبه كذا، وهو هذا الحاضر، وأقام البينة على الاستحقاق على فلانِ بنِ فلانٍ، فيستفيد بها مطالبةَ الحَاضِر، إن اعترف بذلِكِ الاسم والنسب، أو يقيم بينة أخرَىٰ على الاسم والنسب، إن أنكر، ثم يطالبه، وإلا، فكيف يدَّعي علَىٰ فلانِ بنِ فلانٍ من غير أن يربط الدَّعوىٰ بالحَاضر؟.

وفي الفتاوى أيضاً: أنه لو أحضر رجلاً عند القاضِي، وقال: إن هذا أقرَّ لفلانِ ابْنِ فلانٍ بكذا، وأنا ذلك المُقَرُّ له، فقال الرجل: نَعَمْ، أقرَرْتُ، ولكن ههنا، أو بموضعِ آخرَ رجلٌ بهذا الاسم والنَّسَبِ، وإنما أقررتُ له، فعليه إقامةُ البينة على ما يدَّعيه، فإذا أقامها سُئِلَ ذلك الآخَرُ، فإن صدَّقه، دُفِعَ المُقَرُّ به إليه، ويحلفه الأولُ علَىٰ أنه لا شيء عليه.

وإن كذَّبه، فهو للمدَّعِي، وإن قال: ههنا رجلٌ آخرُ بهذا الاسم والنسب، وأنا أقررتُ لأحدهما، لا أثبت عينه، وأقام البينة علَىٰ رجلٍ آخر، فَيُسْأَلُ ذلك الآخر، فإن قال: لا شيء لي على المُقِرِّ، فينبغي أن يجب عليه التسليمُ إلى الأول، كما لو كانت عنده وديعةٌ فقال: هي لأحدكما، ولا أدْرِي أنَّها لأيِّكما، فقال أحدهما: إنَّها ليستْ لي، تكون للآخر، وإن صدَّقه الآخر، فهو كما في صورة الوديعة، إذا قال كلُّ واحد منهما: إنَّها لِي.

واعلم أنا في الوكالة ذكَرْنا فيما لو وكَّل رجلاً بالخصومة عنه، ثم غاب الموكِّل، والقاضي لا يعرفه، وأراد الوكيل الخصومة عنه، بناءً على اسم ونَسَبٍ ذكره أنه لا بدّ من البيِّنة علَىٰ أنه وكلَّه فلانُ بن فلانٍ، أو على أن الذي وكلَّه عند القاضي هو فلانُ بنُ فلانٍ، وحكينا عن القاضي الحُسَيْن أن هذه البينة يكتفي القضاة فيها بالعدَالة الظاهرة، ويتساهَلُون في البحْث والاستزكاء، وعن القاضي أبي سعد الهرويِّ: أنه يجوز الاكتفاءُ فيه بتعْريف واحد وكلُّ واحدٍ من هذَيْن الكلامَيْن ينبغي أنْ يعود ههنا حيث احتاج إلى إثباتِ أنَّه فلانُ بن فلانٍ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلاَ يَجُوزُ تحمُّلُ الشَّهَادَةِ عَلى المَرْأَةِ المُتَنَقِّبَةِ إلاَّ أَنْ يُكْشَفَ وَجْهُهَا وَيُمَيِّزَهَا عِنْدَ الأَدَاءِ عَنْ أَمْثَالِهَا بِالإِشَارَةِ وَالمَعْرِفَةِ المُحَقَّقَةِ، وَإِنْ عَرَفَهَا رَجُلاَنِ فَلاَ يُشْهَدُ عَلَيهَا بَلْ عَلى شَهَادتِهِمَا بِأَنَّ فُلاَنَةً أَقَرَّتْ وَذَلِكَ عِنْدَ غَيْبَتِهَا لِأَنَّهُ فَرْعُهُمَا، وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهَا لِحَاجَةِ التَّحَمُّلِ، وَإِذَا قَامَتِ البَيِّنَةُ عَلَى عَيْنِهَا بِدَيْنٍ وَزَعَمَتْ أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ وَإِنْ أَقَرَّتْ بِالنَّسَبِ وَلاَ إِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهَا بنتُ زَيْدٍ إِذِ البَيِّنَةُ عَلَى النَّسَبِ مِنْ غَيْرِ تَقَدُّمِ دَعْوَىٰ لاَ يُسْمَعُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَكِنْ لِلْقَاضِي أَنْ يَنْصَبَ مَنْ يَدَّعِي عَلَى بِنْتِ زَيْدٍ دَيْناً وَتُنْكِرَ هِيَ أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ فَيُقَامُ البَيِّنَةُ عَلَيهَا بِالنَّسَبِ ثُمَّ إِذَا ثَبَتَ سَجَّلَ وَيَجُوزُ هَذِهِ الحِيلَةُ لِلْحَاجَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: المرأة المُتَنَقِّبَةُ؛ لا يجوز [تَحَمُّلُ][1] الشَّهَادَةِ عَلَيْهَا، اعْتِمَاداً على الصَّوْتِ؛ فإن الأَصْوَاتَ تَتَشَابَهُ، كما لا يجوز أن يتحمل الأَعْمَى، اعتماداً على الصوت. وكذا البَصِيرُ في الظُّلْمَةِ، ومن وَرَاءِ حائلٍ صَفِيقٍ، وفي الحَائِلِ الرَّقِيقِ، وَجْهَانِ مَذْكُورَانِ في العِدَّةِ:

أَصَحُّهُمَا: أنه يجوز؛ لأنه لا يمنع المُشَاهدة؛ وإذا لم يَجُزِ التَّحَمُّلُ بالصوت، فإن عرفها مُتَنَقِّبَةً باسمها، ونَسَبِهَا، أو بِعَيْنِهَا، لا غير، جاز التَّحَمُّلُ، ويشهد عند الأَدَاءِ بما يعلم.

وإن لم يعرفها، فيكشف[2] عن وجهها، ليراها الشَّاهِدُ، ويضبط حِلْيَتَهَا، وصُورَتَهَا، لِيَتَمَكَّنَ من الشَّهَادَةِ عليها عند الحاجة إلى الأَدَاءِ؛ ويُكْشَفُ وَجْهُهَا حينئذ أيضاً. ولا يجوز التَّحَمُّلُ، بتعريف عَدْلٍ أو عَدْلَيْنِ أنها فلانة بنت فلان، وإذا قَالَ عَدْلاَنِ: نَشْهَدُ أن: هذه فُلاَنَةُ بنت فلان تقر بكذا، فهما شَاهِدَا الأَصْل. والذي يسمع منهما شَاهِدٌ، فرع يشهد على شَهَادَتِهِمَا عند اجتماع[3] الشَّرَائِطِ. ولو سَمِعَهُ من عَدْلٍ وَاحِدٍ فَيَشْهَدُ على شَهَادَتِهِ.

والشَّهَادَةُ على الشَّهَادَةِ، والحالة هذه، تكون على الاسْمِ، والنَّسَبِ، دون العَيْنِ. هذا ما ذكره أَكْبَرُ المُتَكَلِّمِينَ في المَسْأَلَةِ.

وَحَكَوْا عن القَفَّالِ: أنه كتب في صورة المَسْأَلَةِ شَهَادَتَهُ على شهادة المعرفين ثم

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: فكشف.
(٣) في ز: إجماع.

أُحْضِرَا لِلْأَدَاء، فامتنع، وقال: كيف أَشْهَدُ؟ والشَّاهِدَانِ في السُّوقِ، ووراء ذلك وجوه:

أحدها: عن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ: يكفي [له](١) لتحمل الشَّهَادَةِ عليها مُعَرِّفٌ وَاحِدٌ سُلُوكاً به مَسْلَكَ الإِخْبَارِ. وعلى ذلك، جرى جَمَاعَةٌ من المُتَأَخِّرِينَ، منهم القاضي ابن كج والروياني.

والثاني: أنه يجوز التَّحَمُّلُ إذا سمع من عَدْلَيْنِ أنها فُلاَنَةُ بنت فلان، ويَشْهَدُ على اسْمِهَا، ونَسَبِهَا، عند الغيبة. وهذا، ما حكيناه عن الشيخ أبي حَامِدٍ؛ بِنَاءً على أنه: تجوز الشَّهَادَةُ على النَّسَبِ بالسَّمَاعِ من عَدْلَيْنِ.

والثالث: عن الإِصْطَخْرِيِّ: أنه إذا كان يَعْرِفُ نَسبَ امْرَأَةٍ، ولا يعرف عَيْنَهَا، فدخل دَارَهَا، وفيها نِسْوَةٌ سِوَاهَا، فقال لابنها الصَّغِيرِ: أيتهن أُمُّكَ، أو لجاريتها: أيتهن سَيِّدَتُك، فأشارت [إلى](٢) امرأة، فسمع إِقْرَارَهَا، جاز له أن يَشْهَدَ: أن فلانة بنت فُلاَنٍ أَقَرَّتْ بكذا. حَكَاهُ القاضي ابن كَجٍّ، ولم يقم قَوْلُ شَاهِدَيْنِ، على قول الإِصْطَخْرِيِّ مَقَامَ إِخْبَارِ الصغير، والجارية، وادَّعَى: أن ذلك أَشَدُّ وَقْعاً في القَلْبِ، وأَثْبَتُ.

ولك أن تقول: مَا يَنْبَغِي أن يَتَوَقَّفَ جَوَازُ التَّحَمُّلِ على كَشْفِ الوَجْهِ، ولا على المعرف(٣)؛ لأن حُضُورَ امْرَأَةٍ، أو شَخْصٍ تحت النِّقَابِ، وإقرار ذلك الحاضر مُتَيَقَّنٌ، فإذا رفعت المَرْأَةُ إلى القاضي، والمُتَحَمِّلُ يُلاَزِمُهَا، يتمكن من الشهادة على عَيْنِهَا، بأنها أَقَرَّتْ بكذا، وهو نظير صورة الضبطة، في شهادة الأَعْمَى. وقد يحضر قَوْمٌ، يُكْتَفَى بإخبارهم في التَّسَامُعِ، قبل أن تَغِيبَ المَرْأَةُ، إذا لم نَعْتَبِرْ في التَّسَامُعِ طُولَ المُدَّةِ. كما سيأتي، فيخبرون عن اسْمِهَا، ونَسَبِهَا، فيتمكن من الشَّهَادَةِ على اسْمِهَا، ونَسَبِهَا، بل ينبغي أن يقال: لو شَهِدَ اثْنَانِ، تَحَمَّلاَ الشَّهَادَةَ على امْرَأَةٍ لا يَعْرِفَانِهَا، أن امرأة حَضَرَتْ

---

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) قضية قوله: «كشف الوجه» أنه لا بد من كشف الجميع، وحكى الماوردي عن جمهور الفقهاء اشتراط الجميع؛ لأن جميعه ليس بصورة قال: واختلف الناس في جواز النظر إلى كفيها، والأكثرون على المنع لاختصاص المعرفة بالوجه دون الكفين، وقيل: لا ينظر لجميع الوجه، بل ينظر منه ما تعرف به. وقيل: إن كانت شابة نظر إلى بعضه أو عجوزاً فإلى جميعه. وقيل: إن كانت ذات جمال نُظِر إلى بعضه، وإلا فإلى جميعه. قال: والصحيح من هذا الاختلاف أن له أن ينظر إلى ما يعرفها به، فإن كان لا يعرفها إلا بالنظر إلى جميع وجهها جاز له النظر إلى جميعه، وإن عرفها بالنظر إلى بعضه لم يكن له أن يتجاوزه إلى غيره ولا يزيد على نظرة واحدة إلا أن لا يتحققها إلا بنظرة ثانية فيجوز.

يوم كذا، مَجْلِسَ كذا، فَأَقَرَّتْ لفلان بكذا، وشهد عَدْلاَنِ أن المَرْأَةَ المُحْضَرَةَ يومئذ في ذلك المَكَانِ، كانت هذه، يَثْبُتُ الحَقُّ بالبَيِّنَتَيْنِ. أَلَيْسَ لو قَامَتْ بَيِّنَةٌ على أن فُلاَنَ بن فلان الفُلاَنِيَّ أقر بكذا، وقامت أُخْرَى على أَنَّ هذا الحَاضِر، هو فلان بن فلان يَثْبُتُ الحق؟ فما الفَرْقُ بين[1] تعريف المَشْهُودِ عليه المُطْلَق باسم، ونَسَب، وبين تَعْرِيفِهِ بزَمَانٍ ومكان؟ وإذا اشْتَمَلَ التَّحَمُّلُ على هذه الفوائد، وَجَبَ أن يَجُوزَ مُطْلَقاً، ثم إن لم يعرض ما يُفِيدُ جَوَازَ الشَّهَادَةِ على العَيْنِ، أو على الاسْمِ، والنَّسَبِ، أو لم يَنْضَمَّ إليه ما يتم[2] به الإِثْبَاتُ، فَذَاكَ شَيْءٌ آخر.

وقوله في الكتاب: «ولا يجوز تَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ على المَرْأَةِ المُتَنَقِّبَةِ، إلا أن تكشف وجهها، غير مُجْرًى على ظَاهِرِهِ، بل لو عَرَفَهَا في النِّقَابِ، لم يفتقر إلى الكَشْفِ على ما [مر][3] صرح به صاحب العِدَّةِ وغيره.

وقوله: «وتميزها عند الأَدَاءِ عن أَمْثَالِهَا»، لا يمكن أن يكون شَرْطاً في التَّحَمُّلِ، فإن الأَدَاءَ يَتَأَخَّرُ عن التَّحَمُّلِ، فكيف يَجُوزُ أن يُقَالَ: لا يجوز التَّحَمُّلُ ما لم يتميز عند الأداء؟ لكن المُرَادَ، أنه لا يَجُوزُ التَّحَمُّلُ، ما لم تَكْشِفْ وَجْهَهَا، ليتمكن من التَّمْيِيزِ عند الأَدَاءِ، وما أَشْبَهَ ذلك.

وقوله: «فلا يشهد عليها» مُعَلَّمٌ بالواو، لما عَرَفْتَ.

وقوله: «ويجوز النَّظَرُ إليها لحاجة التَّحَمُّلِ»، يعني النَّظَرَ إليها، إلى وجهها.

وذكر الصميري: أنه لو نَظَرَ إلى أَكْثَرِ وَجْهِهَا، وسمع كَلاَمَهَا، جَازَ أيضاً. وفي لَفْظِ الكتاب، تَعْلِيلُ جَوَازِ النظر لِحَاجَةِ التَّحَمُّلِ. لكن ذكرنا في أول النِّكَاحِ وَجْهَيْنِ، وإنما يَنْتَظِمُ ذلك على الوَجْهِ الآخَرِ، وأما عند خَوْفِ الفِتْنَةِ، فيَحْرُمُ النَّظَرُ إلى وَجْهِهَا، بلا خِلاَفٍ. ويشبه أن يُقال: من يخاف الفِتْنَةَ، لا يَنْظُرُ لِلتَّحَمُّلِ؛ لأن في غَيْرِهِ غُنْيَةً عنه. فإن تَعَيَّنَ، فينظر ويَحْتَرِزُ.

المَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: إذا قامت البَيِّنَةُ على عَيْنِ رَجُلٍ، وامْرَأةٍ، بِحَقٍّ، وأراد المُدَّعِي أن يُسَجِّلَ له القَاضِي، فالتَّسْجِيلُ على العَيْنِ ممتنع، لكن يجوز أن يُسَجِّلَ بالحلية[4]، ولا

---

(١) في ز: من. (٢) في ز: يتميز.

(٣) سقط في: أ.

(٤) في ز: بالحيلة. والتسجيل بالحيلة مشكل كما قاله ابن أبي الدم لأنه إن كان الغرض منه التذكر عند حضورها فصحيح، وإن كان الغرض منه المكاتبة به إلى بلد آخر إذا غاب المدعى عليه ليعمل بمقتضاه وتقابل حليته به ويلزمه إن أنكر ففي غاية الإشكال. =

سَبِيلَ إلى التَّسْجِيلِ بالاسْمِ، والنَّسَبِ، ما لم يثبتا. ولا يَكْفِي فيهما قَوْلُ المُدَّعِي، ولا إقْرَارُ مَنْ قامت عليه البَيِّنَةُ؛ فإن نسب الشَّخص، لا يَثْبُتُ بِإقْرَارِهِ. ولو قامت بَيِّنَةٌ على نَسَبِهِ، على سبيل الحِسْبَةِ، فيبنى على أن شَهَادَةَ الحِسْبَةِ في النَّسَبِ، هل يُقْبَلُ إن قَبِلْنَاهَا؟ أثبت القَاضِي النَّسَبَ، وسَجَّلَ. وإن لم يقبلها، وهو اختيار القَاضِي الحُسَيْنِ؛ فقد قال ها هنا: الطَّرِيقُ أن يُنَصِّبَ القَاضِي مَنْ يَدَّعِي على فلان ابن فلان دَيْناً، أو على فَاطِمَةَ بنت زَيْدٍ، أو يدعي[1] على زيد، ويقول: هذه ابْنَتُهُ، [وتَرِكَتُهُ عندها][2]، وينكر المُدَّعِي عليه فيقيم[3] المدعي البَيِّنَةَ عليه.

قال: وتَجُوز هَذِهِ الحِيلَةُ لِلْحَاجَةِ، كما أَمَرَ رسول الله ﷺ عامل «خَيْبَرَ» بِبَيْعِ الجمع بالدراهم، وشراء الجنيب[4] بها.

واعْتَرَضَ الإمَامُ بأن الدَّعْوَى البَاطِلَةَ، كَلاَ دَعْوَى؛ فكيف تجوز بناء الشهادة عليها؟ وكيف يَأْمُرُ القاضي بها؟ وأَنَّى يشبه[5] هذا، قِصَّةَ «خَيْبَرَ»، والنبي ﷺ، أمر بِبَيْعٍ، وشِرَاءٍ صَحِيحَيْنِ.

لكن الوجه: أن يُقَال: وُكَلاَءُ المَجْلِسِ يتفطنون[6] لمثل ذلك، وإذا نَصَبُوا مُدَّعِياً، لم يَتَفَحَّصِ القاضي، ولم يضيق، بل يُصْغِي إلى الدَّعْوَى والبَيِّنَةِ للحاجة، ولو أمر المُدَّعِي الذي ثَبَتَ له الحَقُّ بالبَيِّنَةِ، بأن ينقل الدَّعْوَى عن العَيْنِ، إلى الدَّعْوَى على بِنْتِ زَيْدٍ، فيقيم البَيِّنَةَ على النَّسَبِ، كان أقرب من نصب مُدَّعٍ جَدِيدٍ وأمره بدعوى باطلة.

وقوله في الكتاب: «لا يسمع على الصَّحِيح»، إشَارَةٌ إلى الخِلاَفِ الذي سَبَقَ في أن النَّسَبَ، هل يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ الحِسْبَةِ؟ وترجيح المَنْعِ، غير مُسَاعد عليه، على ما بَيَّنَّا هناك، ويجوز أن يُعَلَّمَ قوله: «ولكن للقاضي أن ينصب» بالواو لاِعْتِرَاضِ الإمَامِ.

وكذا قوله: «ويجوز هذه الحيلة، للحاجة». وقوله: «وتنكر هي، أنها بنت زيد»،

= وكذا إن كان الغرض الاعتماد عليها عند الحاجة إلى الإثبات والحكم تاماً ولا أحسب أحداً يقوله ولا شك أنه لا يقضى بما بعد الموت والدفن لحصول التقيد، وتنزيل إطلاقهن على الحالة الأولى يأباه كلامهم في أدب القضاء فإنهم جعلوا الحلية في المجهول كالاسم والنسب في المعروف لكن فيه نظر. والمقصود بالحلية التذكر خاصة، وبذلك صرح الماوردي والروياني في باب التحفظ في الشهادة فقالا: إن تحلية المشهود عليه إذا كان مجهولاً قال قوم: يجب لأنه يؤدي إلى المعروف قاله في الخادم.

(١) في ز: مدعي.
(٢) سقط في: أ.
(٣) في ز: مقيم.
(٤) تقدم في الربا.
(٥) في ز: شبهة.
(٦) في ز: يفطنون.

يُشْعِرُ بأنه لاَ بُدَّ من إنْكَارِهَا. وكان التَّصْوِيرُ فيما إذا لم تعرف[١] قَبْلُ بأَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، وإلا، فكيف يُؤْمَرُ بأن يرجع عما أقرتِ؟ وقد تبين مما أَجْرَيْنَاهُ، أنه لا فَرْقَ في المَسْأَلَةِ بين الرجل والمَرْأَةِ.

فَرْعٌ:

عن فَتَاوَى القَفَّالِ: شهد الشُّهُودُ على امْرَأَةٍ بِاسْمِهَا، ونَسَبِهَا، ولم يَتَعَرَّضُوا لمعرفة عَيْنِهَا، صَحَّتْ شَهَادَتُهُمْ. فإن سألهم الحَاكِمُ: هل تعرفون عَيْنَهَا؟ فلهم أن يَسْكُتُوا، ولهم أن يَقُولوا: لا يلزمنا الجَوَابُ عما تقوله والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: اَلْفَصْلُ الثَّانِي فِي التَّسَامُعِ: وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ بِالسَّمَاعِ مِنْ قَوْمٍ لاَ يَنْحَصِرُونَ عِنْدَ الشَّاهِدِ فَيَشْهَدُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لاَ يُمْكِنُ رُؤْيَتُهُ، وَفِي النَّسَبِ مِنَ الأُمِّ وَجْهَانِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ رُؤْيَتُهُ، وَالأَصَحُّ ثُبُوتُهُ، وَاَخْتَلَفُوا فِي الوَلاَءِ وَالعِتْقِ وَالوَقْفِ وَالنِّكَاحِ وَمَا يَتَوَفَّرُ الطِّبَاعُ عَلَى إِشَاعَتِهِ أَنَّهُ هَلْ يُلْحَقُ بِالنَّسَبِ؟ وَالصَّحِيحُ أَنَّ المَوْتَ كَالنَّسَبِ لاَ كَالعِتْقِ، ثُمَّ لاَ يَحْصُلُ التَّسَامُعُ بِقَوْلِ عَدْلَيْنِ، بَلْ مِنْ جَمَاعَةٍ لاَ يَجْمَعُهُمْ رَابِطَةُ التَّوَاطُؤِ إِلاَّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِمَا، وَلاَ يَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى النَّسَبِ بِأَنْ تَسْمَعَ رَجُلاً يَسْتَخْلِفُ صَبِيّاً أَوْ كَبِيراً سَاكِتاً لاَ يُنْكِرُهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عقد الفَصْل لِبَيَانِ مَا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ فيه بالسماع[٢]؛ فمنه النَّسَبُ؛ فيجوز أن يَشْهَدَ بالتَّسَامُعِ، أن هذا الرَّجُلَ ابن فلان، أو أن هذه المَرْأَةَ، إذا عرف عَيْنَهَا بنت فُلاَنٍ، أو أنها من قَبِيلَةِ كذا[٣]؛ لأنه أَمر لا مَدْخَلَ لِلرُّؤْيَةِ فيه، وغَايَةُ المُمْكِنِ، رُؤْيَةُ الوِلاَدَةِ على فِرَاشِ الإنسان، لكن النَّسَبَ إلى الأَجْدَادِ المُتَوَفَّيْنِ، والقَبَائِلِ القَدِيمَةِ، لا تَتَحَقَّقُ الرُّؤْيَةُ فيه، ومعرفة الفراش. فدعت الحَاجَةُ إلى اعْتِمَادِ التَّسَامُعِ.

---

(١) في أ: تعترف.

(٢) في أ: السماع.

(٣) قال في القوت: واعلم أن كلام الرافعي وغيره يقتضي التسوية فيما ذكرناه بين الشهادة بنسب الرجل والمرأة وكلام الماوردي يقتضي أن الأمر في الشهادة بنسبها أشد حيث قال: إن الشهادة في نسب المرأة أغلظ منها في نسب الرجل لبروزه وخفرها وإباحة نظره دونها فصارت بهذين الأمرين أغلظ فاحتاج في العلم بنسبها إلى أمرين آخرين:

أحدهما: معرفة عينها على وجه مباح، ويبن له وجوهاً ظاهرة.

والثاني: أن يحتاج بعد معرفة عينها في معرفة نسبها إلى الخبر المتظاهر بأن فلانة هذه بعينها هي ابنة فلان، ويكون معرفة المخبر بنسبها بعينها كمثل معرفته ثم ينظر في مظاهر الخبر، فإن كان بين رجال ونساء وصغار وكبار وأحرار وعبيد فهو الأوكد في مظاهر الخبر بنسبها، وإن انفرد به النساء والعبيد صح.

وفي النَّسَبِ من الأُمِّ وَجْهَانِ:

أحدهما: أنه لا يجوز الشَّهَادَةُ عليه بالسَّمَاعِ، لإِمْكَانِ رُؤْيَةِ الوِلاَدَةِ.

والثاني: يجوز، كما في [جَانِبِ][(١)] الرَّجُلِ، وهذا أَصَحُّ عند صَاحِبِ الكتاب. وحُكِيَ في «الوسيط»، القَطْعُ به عن بعضهم. ثم ذكر الشَّافِعِيُّ ـ رضي الله عنه ـ والأصحاب ـ رضي الله عنهم ـ في صِفَةِ التَّسَامُعِ: أنه يَنْبَغِي أن يسمع الشَّاهِد المَشْهُود بِنَسَبِهِ؛ فيُنسب[(٢)] إلى ذلك الرَّجُلِ، والقبيلة. وسمع الناس يَنْسِبُونَهُ إليه.

وهل يُعْتَبَرُ فيهما التَّكْرَارُ وامْتِدَادُ مُدَّةِ السَّمَاعِ؟

قال كثيرون: نعم، فَالظَّنُّ حينئذ يَتَأَكَّدُ، وبهذا أجاب القاسم الصَّيْمَرِيُّ، وقال آخرون: لا، بل لو سَمِعَ انْتِسَابَ الشَّخْصِ، وحضر جَمَاعَةٌ، لا يُرْتَابُ في صِدْقِهِمْ، فأخبروه[(٣)] بِنَسَبِهِ، دُفْعَةً وَاحِدَةً، جَازَ له الشَّهَادَةُ. وهذا ما رأى القاضي ابْنُ كَجٍّ القَطْعَ به، وهو جَوَابُ صاحب «التهذيب» في انْتِسَابِهِ نَفْسِهِ[(٤)]. وإذا قُلْنَا بالأول، فليست المُدَّةُ مَحْدُودَةً بسنة، ويعتبر مع انْتِسَابِ الشَّخْصِ، ونسبة الناس ألاَّ يعارضهما ما يورث التُّهْمَةَ والرِّيبَةَ. فلو كان المَنْسُوبُ إليه حَيّاً، وأنكر، لم تَجُزِ الشَّهَادَةُ. وإن كان مَجْنُوناً، جازت الشَّهَادَةُ، كما لو كان مَيِّتاً.

وفيه وجه؛ لأنه قد يُفِيقُ، فَيُنْكِرُ.

وطَعْنُ مَنْ يَطْعَنُ مِنَ النَّاسِ في ذلك الانْتِسَابِ، والنَّسَبِ، هل يَمْنَعُ جَوَازَ الشهادة؟ فيه وجهان:

أَشْبَهُهُمَا، أنه يَمْنَعُ، لاخْتِلاَلِ الظَّنِّ.

وهل تجوز الشَّهَادَةُ في الوَلاَءِ، والعِتْقِ، والوَقْفِ، والزَّوْجِيَّةِ بالتسامُع[(٥)]، فيه

---

(١) سقط في: أ.

(٢) في أ: ينتسب.

(٣) في أ: وأخبروه.

(٤) لم يصرح المصنف بترجيح. قال في القوت: والصحيح المختار اعتبار التكرار وعليه اقتصر الروياني وقال في البحر قال الشافعي: ويسعه الشهادة على النسب إذا سمعه زماناً ينتسب إلى نسب وينسبه غيره إلى ذلك النسب ولم يسمع دافعاً ولا دلالة يرتاب بها فهذه شروط أربعة: طول الزمان في انتسابه إلى ذلك النسب، ونسب غيره إياه إليه، وعدم الدافع، وعدم الأدلة التي هي سبب الريبة. وكذا قال الماوردي.

(٥) في ز: فالتسامح.

وجهان، وهما في الشَّهَادَةِ على أنه مَوْلَى فلان، أو أعتق، أو وقف أو أنها زَوْجَةُ فلان، لا على الإنشاءات[(١)]. قال أبو إسْحَاقَ: لا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عليها بالتَّسَامُعِ؛ لأن أَنْسَابَهَا غير مُتَعَدِّدَةٍ، ومُشَاهَدَتُهَا مَقِيسَةٌ[(٢)].

وقال الإصْطَخْرِيُّ: يجوز، لأن هذه أُمُورٌ مُؤَبَّدَةٌ، وإذا طَالتْ مُدَّتُهَا، عسِرَ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ على ابْتِدَائِهَا، فَتَمَسُّ الحَاجَةُ إلى إثباتها بالتَّسَامُعِ، ولأنها شَهَادَةٌ على الحَاصِل بالعَقْدِ، فأشبهت الشَّهَادَةَ على المِلْكِ المُطْلَقِ.

وبهذا قال أَحْمَدُ، وابن القَاصِّ، وأبو عَلِيٍّ بن أبي هُرَيْرَةَ، والطَّبَرِيُّ، وَرَجَّحَهَا ابن الصَّبَّاغِ، وبه أجاب القَاضِي ابن كَجٍّ، في الوَلاَءِ.

والأول هو الجَوَابُ في فَتَاوَى القَفَّالِ، والأَصَحُّ ما ذكره الإمام، وأبو الحَسَنِ العَبَّادِيُّ، والقاضي الرُّويَانِيُّ، في «جمع الجوامع» قال هؤلاء: لا يمكن الإِثْبَاتُ بالشَّهَادَةِ على شُهُودِ الأَصْلِ، واسْتَحَبُّوا للحاكم أن يجدد شُهُودَ كُتُبِ الوَقْفِ، مهما خَافَ انْقِرَاضَ الأُصُولِ، وفَرَّقُوا بينها، وبين المِلْكِ، بأن أَسْبَابَ المِلْكِ مُتَعَدِّدَةٌ، وتَعَدُّدُهَا يُورِثُ عُسْرَ الوُقُوفِ عليها، فلذلك جَوَّزْنَا الإِعْتِمَادَ على التَّسَامُعِ، وأما هذه فَأَسْبَابُهَا مُتَّحِدَةٌ.

وذكر صاحب العدَّةِ أن هذا ظَاهِرُ المَذْهَبِ، لكن الفَتْوَى الجَوَازُ؛ للحاجة[(٣)].

---

(١) في ز: الأنساب. (٢) في ز: مقتبسة.

(٣) قال النووي: الجواز أقوى وأصح وهو المختار والله أعلم.
قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج محل الخلاف في الولاء يشتهر اشتهاراً شائعاً في الآفاق كنافع مولى ابن عمر وعكرمة مولى ابن عباس قال ومحل الخلاف أيضاً في الوقف الذي لم يشتهر اشتهاراً ببناء كأرض السواد، وقال أيضاً محله عندي فيما إذا أضيف إلى ما يصح الوقف عليه، فأما مطلق الوقف فلا يجوز لاحتمال أن يكون مالكه وقفه على نفسه، واستفاض أنه وقف، وهو وقف باطل، وهذا مما لا يتوقف فيه، وقال الشيخ المشار إليه في حاشيته على الروضة حكى المصنف تبعاً لأصله الخلاف في ثبوت الوقف بالاستفاضة ولم يتعرض لثبوت معرفة بالاستفاضة، وحكى عن أبي سعيد الأصطخري المنع والذي رأيته في الحاوي للماوردي ما يقتضي ثبوت المصرف أيضاً إذا أثبتنا الوقف بالاستفاضة، وحكى الاصطخري الثبوت خلاف ما نقله المصنف عنه قال ما معناه، وأما ثبوت عقد الوقف بالتسامع ومظاهر الجزية فلا يجوز؛ لأنه يمكن سماع لفظ الوقف من الوقف، وأما ثبوت كونه وقفاً مطلقاً والشهادة أن هذا وقفه إلى فلان أو وقف فلان على الفقراء والمساكين، ففي ثبوته وجهان:
أحدهما: لا، ثم قال.
والثاني: وبه قال الإصطخري يجوز لأنا لو لم نجوزه لأدى لاندراس الوقف وانقطاع سبله فاقتضى الحال تجويزه للضرورة. انتهى.
والذي صححه المصنف في الفتاوى أن الشروط لا تثبت بالاستفاضة، قال بل إن كان وقفاً على=

وفي جَوَازِ الشَّهَادَةِ على المَوْتِ بالاسْتِفَاضَةِ، طَرِيقَانِ عن القاضي الحُسَيْنِ [أنه على الخلاف][(١)] في الوَلاَءِ، وما في مَعْنَاهُ، لأنه[(٢)] يمكن فيه المُعَايَنَةُ. والصحيح المَشْهُورُ، القَطْعُ بالجَوَازِ كالنَّسَبِ؛ لأن أَسْبَابَ المَوْتِ مما يَكْثُرُ، منها مَا يَخْفَى، ومنها مَا يَظْهَرُ، وقد يَعْسَرُ الاطِّلاَعُ عليها، فجاز أن يَعْتَمِدَ على الإِسْتِفَاضَةِ؛ ولأنه [قد يقع][(٣)] في الأَفْوَاهِ، وينتشر كالنَّسَبِ، [ثم][(٤)] في الفَصْلِ مسألتان:

إحداهما: في العَدَدِ المُعْتَدِّ به في التَّسَامُعِ؛ وفيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز الاعْتِمَادُ فيه على خَبَرِ عَدْلَيْنِ، كما يجوز لِلْحَاكِمِ الحُكْمُ بشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ، وهذا ما اخْتَارَهُ الشيخ أبو حَامِدٍ، وأبو حَاتِمٍ القَزْوِينيُّ، وإليه مَيْلُ الإِمَامِ[(٥)] ـ رحمهم الله [وإيانا][(٦)].

والثاني: لاَ بُدَّ من جَمْعٍ كَثِيرٍ يقع العِلْمُ، أو الظَّنُّ القَوِيُّ بِخَبَرِهِمْ، ويُؤْمَنُ تَوَاطُؤُهُمْ على الكَذِبِ، ولا يكفي قَوْلُ عَدْلَيْنِ، نعم، لو أَشْهَدَاهُ، شَهِدَ على شَهَادَتِهِمَا. وهذا ما اخْتَارَهُ أَقْضَى القُضَاةِ ـ المَاوَرْدِيُّ، وابن الصَّبَّاغِ أيضاً، وهو أشبه بكَلاَمِ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ، وبه أجاب صَاحِبُ الكتاب.

وحكى أبو الفَرَجِ السَّرْخَسِيُّ وغَيْرُهُ وَجْهاً ثَالِثاً: وهو جَوَازُ الاعْتِمَادِ على خَبَرِ

= جماعة معينين أو جماعة متعددة قسمت الغلة بين الجميع بالسوية، وإن كان على مدرسة مثلاً وتعذرت معرفة الشروط صرف الناظر الغلة على ما يراه من مصلحتها، وذكر في المهمات أن الأرجح ما في فتاوى ابن الصلاح أنه إن شهد بها منفردة لم يثبت أو ذاكراً لها في شهادته بأصل الوقف في معرض بيان شرط الواقف سمعت لرجوعه إلى بيان كيفية الوقف ونقل من خط ابن الصلاح أنه لو شهد بالنظر على الوقف الفلاني لزيد من لم يذكر مستنده حمل على أن مستنده الاستفاضة والشرط لا يثبت بمثل ذلك.

قال الشيخ البلقيني: محل الخلاف في غير حدود العقار، فإن الحدود لا تثبت بالاستفاضة كما ذكره ابن عبد السلام في تسجيل له في تركة الجيش كما وقفت عليه وفيه: ولم يثبت حدودها إذ الحدود لا تثبت عنده بالاستفاضة.

(١) سقط في: ز.
(٢) في أ: لا.
(٣) سقط في: أ.
(٤) سقط في: أ.
(٥) فيه أمران:

أحدهما: نقله الوجه الأول عمن ذكر فيه نظر، أما الماوردي فإنه اعتبر اليقين لا الظن القوي، وعبارته بعد أن ذكر التسامع وأصل الخبر المتظاهر فيه أن يكون من العدد المعتبر في التواتر. انتهى وكذا نقل عنه صاحب البيان.

الثاني: لم يبين ضابط الظن القوي، وقد أشار إليه الغزالي في كلامه على الملك فقال: لا يكتفي بحصول مبادىء الظنون بل لا بد من ظهور ظن يعسر طلب الزيادة عليه.

(٦) سقط في: أ.

الشَّخْصِ الواحد، إذا سكن القَلْبُ إليه، ولا يُعْتَبَرُ عَدَدُ الشهادة، كما لا يُعْتَبَرُ، لَفْظُ الشهادة.

وإذا قلنا بالوَجْهِ الثاني، فينبغي ألا تُعْتَبَرَ العَدَالَةُ، ولا الحُرِّيَّةُ، ولا الذُّكُورَةُ(١).

الثانية: إذا سَمِعَ رَجُلاً يقول لآخَرَ: هذا ابني، وصَدَّقَهُ الآخَرُ، أو: أنا ابن فُلاَن، [وصَدَّقَهُ فُلاَنٌ](٢).

قال كَثِيرٌ من الأَصْحَابُ(٣): يَجُوزُ أن يَشْهَدَ به على النَّسَبِ، وكذا لو اسْتَلْحَقَ صَبِيّاً، أو بَالِغاً، وسَكَتَ؛ لأن السُّكُوتَ في النَّسَبِ كالإِقْرَارِ. ألا ترى أنه لو بُشِّرَ بولده(٤) فَسَكَتَ عليه لحقه؟ بخلاف ما إذا أَنْكَرَ المُسْتَلحق، فإن النَّسَبَ لا يَثْبُتُ حينئذ.

وفي «المهذب» وجه: أنه [لا](٥) يَشْهَدُ عند السُّكُوتِ، إلا إذا تَكَرَّرَ عنده الإِقْرَارُ. والسكوت، والذي أَجَابَ به الإِمَامُ، وصاحب الكتاب: أنه لا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ على النَّسَبِ، بذلك، وإنما يَشْهَدُ الشَّاهِدُ والحَالَةُ هذه على الإِقْرَارِ، والاسْتِلْحَاقِ. وهذا قِيَاس ظاهرٌ، وربما أَمْكَنَ تَنْزِيلُ إِيْرَادِ بعض النَّاقِلِينَ عليه، وبتقدير ألا يكون مَكَان النَّسَبِ، فارق سائر الأموال(٦) المقر بها سَعْيَاً في إِثْبَاتِهِ، وقد وُجِّهَ بأن الوَقْفَ على تَوَافُقِ المُسْتَلحق آكدُ في إِشَارَةِ الظَّنِّ في السَّمَاعِ من غيرهما، ولا يَخْفَى أن قوله في الكتاب: «إلا أن يشهد على شهادتهما»، ليس باَسْتِثْنَاءٍ مُحَقّق. ويمكن أن يُعلمَ قوله: «ثم لا يحصل التسامع بقول عدلين». وقوله: «بل بجماعة» [بالحاء](٧)؛ لأن عند أبي حَنِيفَةَ تجوز الشَّهَادَةُ على المَوْتِ بقول عَدْلٍ وَاحِدٍ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا المِلْكُ فَإِذَا اجْتَمَعَ فِيهِ اليَدُ وَالتَّصَرُّفُ وَالتَّسَامُعُ جَازَتِ الشَّهَادَةُ فَإِنَّهُ لاَ يُبْصِرُ وَهُوَ مُنْتَهَى الإِمْكَانِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ مُجَرَّدَ اليَدِ وَالتَّصَرُّفِ يَكْفِي دُونَ التَّسَامُعِ،

---

(١) ما أشار إليه من عدم اشتراط العدالة والحرية والذكورة واقتضى كلامه أنه لم يقف فيه على نقل، وفي المسألة وجهان حكاهما ابن عبدان في كتابه شرائط الأحكام لكنه قال: الصحيح من المذهب اشتراط العدالة والإسلام وصرح غيره من أصحابنا القدماء في كتبهم الأصولية بأنه لا يشترط ذلك في التواتر.

(٢) سقط في: أ.

(٣) ما نسبه لكثير من الأصحاب عزاه الإمام للعراقيين، وقال: إنه في قياس الفقه خطأ صريح فإن قول الشخص الواحد من غير إشاعة في حكم الدعوى، ونحن إن كنا نثبت الولد بالدعوى فيستحيل أن يجوز اعتمادها كالشهادة على النسب مطلقاً. نعم يشهد على الدعوى ثم يقع على الحكم بموجبها قاله في الخادم.

(٤) في ز: بولد.

(٥) سقط في: ز.

(٦) في ز: الأمور.

(٧) سقط في: ز.

وَالصَّحِيحُ أَنَّ مُجَرَّدَ التَّسَامُعِ لاَ يَكْفِي، ثُمَّ نَعْنِي بِالتَّصَرُّفِ البِنَاءَ وَالهَدْمَ أَوِ البَيْعَ وَالرَّهْنَ وَهُوَ تَصَرُّفُ المُلاَّكِ، أَمَّا مُجَرَّدُ الإِجَارَةِ وَإِنْ تَكَرَّرَتْ فَفِيهِ وَجْهَانِ إِذْ قَدْ يَصْدُرُ ذَلِكَ مِمَّنِ اسْتَأْجَرَ مُدَّةً طَوِيلَةً، وَأَمَّا الإِعْسَارُ فَإِنَّمَا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ بِخِبْرَةِ البَاطِنِ وَشَهَادَةِ القَرَائِنِ كَصَبْرِهِ عَلَى الضُّرِّ وَالجُوعِ فِي الخَلْوَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: فيما يتعلق بالتَّسَامُعِ المِلْكُ، فإن نَفْسَ المِلْكِ ليسَ ممَّا يبصر أو يسمع، والشَّهَادَةُ عليه تُبْنَى على ثَلاَثَةِ أمور وهي: اليَدُ، والتَّصَرُّفُ، والتَّسَامُعُ.

أما اليد: فهي بِمُجَرَّدِهَا لاَ تُفِيدُ جَوَازَ الشَّهَادَةِ على المِلْكِ، لكن إذا رَأَى الشَّيء في يَدِ إِنْسَانٍ، جاز أن يَشْهَدَ له بِاليَدِ.

وفي «التهذيب»: أنه إنما يشهد إذا رَآهُ في يده مُدَّةً طَوِيلَةً.

وحكى الإِمَامُ في إِفَادَةِ اليَدِ وَحْدَهَا، جَوَازَ الشهادة على المِلْكِ [قولاً آخر[1]. والظَّاهِرُ المَنْعُ، والتَّصَرُّفُ المُجَرَّدُ، كاليَدِ المُجَرَّدَةِ، لا يفيد جَوَازَ الشَّهَادَةِ على المِلْكِ][2]. وإن اجتمع اليَدُ والتَّصَرُّفُ نُظِر؛ إن قَصُرَتِ المُدَّةُ، فالحُكْمُ كما في اليَدِ المُجَرَّدَةِ. وإن طَالَتْ، فوجهان قال أبو إِسْحَاقَ: لا تجوز الشَّهَادَةُ له بالمِلْكِ؛ لأن الغَاصِبَ، والوَكِيلَ والمستأجر، أَصْحَابُ يَدٍ، وتَصَرُّفٍ.

وقال الإِصْطَخْرِيُّ: يجوز؛ لأن امْتِدَادَ اليَدِ والتَّصَرُّفِ من غير مُنَازَعَةِ [منازع][3] يغلب ظَنّ المِلْكِ. وبهذا قال أبو حَنِيفَةَ، وكذلك أَحْمَدُ، وهو الأَصَحُّ عند صاحب «التهذيب»، وحكاه الإِمَامُ عن اختيار الجُمْهُورِ.

وعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ: القَطْعُ به، فإن انْضَمَّ إلى اليَدِ والتصرف الاستفاضة، ونسبة الناس الملك إليه، جَازَتِ الشَّهَادَةُ بالمِلْكِ على الوَجْهَيْنِ، وهو غَايَةُ ما تُبْنَى عليه هَذِهِ الشَّهَادَةُ.

ونقل القاضي الرُّويَانِيُّ عن «المنهاج» قَوْلاً: أنه لا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ على المِلْكِ، حتى يُعْرَفَ سَبَبُهُ. والصَّحِيحُ المشهور الأَوَّل.

---

(١) لا ينبغي نسبته للإمام فإن الإمام نقله عن حكاية الشيخ أبي محمد، ثم قال: لعله لم يصدر عن مثبت فإني لم أر أحداً غيره حكاه، وهذا لا أعتد به ولا أعده من المذهب، وحاول ابن الرفعة أخذه من القول في أن بينة الداخل هل يكفي فيها الإطلاق كما في بينة الخارج، أو لا بد من ذكر الملك لجواز أن يشهد بالملك من أجل اليد التي قد زال حكمها بينة المدعي، وفيه قولان الجديد الأول.

(٢) سقط في: أ. (٣) سقط في: أ.

قال الأَصْحَابُ: ومُشَاهَدَةُ السَّبَبِ؛ لا يفيد مَعْرِفَةَ المِلْكِ، فإنه وإن رآه يَشْتَرِي، فقد لا يكون المَبِيعُ مِلْكاً للبائع. وإن رآه يَصْطَادُ، فربما اصْطَادَ غَيْرَهُ. ثم أَفْلَتَ، وأما التَّسَامُعُ وَحْدَهُ فهل يَجُوزُ به الشَّهَادَةُ على المِلْكِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كالنَّسَبِ، والمَوْتِ، [وهذا؛ لأن أَسْبَابَ المِلْكِ كَثِيرَةٌ، ومنها ما يخفى، ويَعْسَرُ الوُقُوفُ عليه](١) وهذا أَقْرَبُ إلى إِطْلاَقِ الأكثرين.

والثاني: لا يجوز، ما لم تَنْضَمَّ إليه اليَدُ والتَّصَرُّفُ، كما لا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ بالتَّسَامُعِ على أَسْبَابِ المِلْكِ. ويُحْكَى هذا عن نَصِّه في حَرْمَلَةَ(٢)، واختاره القاضي الحُسَيْنُ، والإمام، وصاحب الكِتَابِ ـ رحمهم الله وإيَّانا ـ.

وهو الجَوَابُ في «الرَّقْمِ»، ويوافقه مَذْهَبُ أبي حَنِيفَةَ ـ رحمه الله ـ.

واعْلَمْ أن جَوَازَ الشَّهَادَةِ على الأَمْلاكِ بالتَّسَامُعِ، مشهور في المَذْهَبِ. فلعل من لا يَكْتَفِي به، يكتفي بانْضِمَام أَحَدِ الأَمْرَيْنِ، من اليَدِ أَو التَّصَرُّفِ إليه. أو يعتبرهما جميعاً، ولكن لا يُعْتَبَر طُولُ المُدَّةِ فيهما، إذا انْضَمَّا إلى التَّسَامُعِ، وإلا فهما إذا طَالَتْ مُدَّتُهُمَا، كَافِيَانِ [في جَوَازِ الشَّهَادَةِ على الأَظْهَرِ.

فلا يبقى للتُّسَامُعِ أَثَرٌ، ويُشْتَرَطُ](٣) في جوَازِ الشهادة، بِنَاءً على التَّسَامُعِ، أو على اليَدِ والتَّصَرُّفِ، ألاَّ يعرف له مُنَازِعاً فيه، فإن الظَّنَّ حينئذ يَتَأَكَّدُ.

ونقل القاضي ابْنُ كَجٍّ وَجْهَيْنِ في أن مُنَازَعَة من لا حُجَّةَ معه هل تَمْنَعُ(٤) من الشَّهَادَةِ؟ ثم الكلام في شَيْئَيْنِ:

أحدهما: طول المُدَّةِ والتَّصَرُّف، لا يَتَقَدَّرُ، بل الرُّجُوعُ فيه إلى العَادَةِ كذلك ذكره صاحب «التهذيب»، وغيره. وكان المُعْتَبَرُ مُدَّةً يحصل فيها غَلَبَةُ الظَّنِّ.

وفيه وجه: أن أَقَلَّ المُدَّةِ الطَّوِيلَةِ سَنَةٌ، وهذا كَوَجهِ ذَكَرْنَاهُ في مدة التَّسَامُعِ، إذا اعتبرنا امْتِدَادَ مُدَّتِهِ.

---

(١) سقط في: أ.

(٢) قال في الخادم: فيه أمران:

أحدهما: ما توقف في نسبته للأكثرين، ولم يصرح به قد صرح الماوردي بنسبته إليهم بل حكى في موضع الاتفاق عليه، وهو المحكي عن العراقيين وجزم به الفوراني وغيره.

الثاني: أن الخلاف قولان لا وجهان، فإن الأول قد نص عليه الشافعي في الأم في باب التحفظ عن الشهادة، والثاني فقد حكاه المصنف عن نص حرملة وهو ظاهر نص البويطي.

(٣) سقط في: أ.

(٤) قال في المطلب: إن كان المنازع قد أقام البينة لم يشهد للمتصرف بالملك، إن لم يكن ثم بينة فالمشهور من إطلاقهم أنه لا يشهد أيضاً، وبه صرح في الخلاصة.

وعن الشيخ أبي عَاصِم أن في ما دون عَشَرَةِ أيام وجهين: وإذا زَادَتِ المُدَّةُ على عَشَرَةِ أَيَّامٍ، جازت الشَّهَادَةُ. والقَوْل في عَدَدِ المُخْبِرِينَ ها هنا، وامْتِدَادِ المدة كما مَرَّ في النَّسَبِ.

ونقل القاضي ابْنُ كَجٍّ وَجهَيْنِ في أنه: هل يُشْتَرطُ أن يَقَعَ في قَلْبِ السامع صِدْقُ المُخْبِرِينَ؟ ويُشْبِهُ أن يكون هذا عَيْنَ الخِلاَفِ المَذْكُورِ في أنه، هل يُعْتَبَرُ خَبَرَ عَدَدٍ يُؤْمَنُ منهم التَّوَاطُؤ، وذَكَرَ أنه تجوز الشَّهَادَةُ على اليَدِ بالاسْتِفَاضَةِ.

وقد تَنَازَعَ فيه لإِمْكَانِ مُشَاهَدَةِ اليد. ولا يكفي أن يَقُولَ الشَّاهِدُ: سَمِعْتُ النَّاسَ يقولون: أنه لفلان، وكذلك في النَّسَبِ.

وإن كانت الشَّهَادَةُ مَبْنِيَّةً عليه، بل يُشْتَرَطُ أن يقول: أشهد بأنه له، وبأنه ابنه، لأنه قد يَعْلَمُ خِلاَفَ ما سَمِعَهُ من الناس. لكن عن الشيخ أبي عَاصِم: أنه لو شَهِدَ شَاهِدٌ بالمِلْكِ، والآخر بأنه في يَدِهِ من مُدَّةٍ طويلة، يَتَصَرَّفُ فيه بلا مُنَازِعٍ، تَمَّتِ الشَّهَادَةُ. وهذا على ما ذكره الشَّارِحُ لكلامه مصير منه إلى الاكْتِفَاءِ بِذِكْرِ السَّبَبِ، والظاهر الأول[١].

ولا فَرْقَ في الشَّهَادَةِ على المِلْكِ بالتَّصَرُّفِ، والتَّسَامُعِ بين العَقَارِ، وبين العَبْدِ، والثوب[٢]، إذا كان تميز المشهود به عن أمثاله.

الثاني: التَّصَرُّفُ المُعْتَبَرُ في الباب، وهو تَصَرُّفُ المُلاَّكِ من السُّكْنَى، والدُّخُولِ، والخروج، والهَدْمِ، والبِنَاءِ، والبَيْعِ، والفَسْخِ بعده، والرَّهْنِ، وفي مُجَرَّدِ الإِجَارَةِ وجهان:

وجه عدم الاكتفاء؛ أنها وَإن تَكَرَّرَتْ، فقد تَصْدُرُ ممن اسْتَأْجَرَ مُدَّةً طَوِيلَةً ومن[٣] الموصى له بالمَنْفَعَةِ، ولْيَجْرِ هذا الخلاف في مُجَرَّدِ الرَّهْنِ؛ لأن الرَّهْنَ قد يَصْدُرُ من المستعير، والأوفق لإطلاق[٤] الأصحاب الاكْتِفَاءُ بهما، واعْتِمَادُ أن الغالب صُدُورُ هذه التَّصَرُّفَاتِ من المَالِكِينَ، ولا يكفي التَّصَرُّفُ مُدَّةً وَاحِدَةً؛ فإنه لا يُثِيرُ الظَّنَّ[٥].

---

(١) قال في الخادم: إن ما ذكره أن كلام أبي عاصم يقتضي الاكتفاء بذكر السبب مطلقاً فيه نظر، فقد يقال إنه لم يكتف به إلا في شاهد واحد إلى أن تمت الشهادة فتركب منهما الجزم بأن المشهود به الملك؛ لأن الثاني شهد بمستند الأول فهما متعاضدان فلا يلزم من هذا مع كونه غير مسلم الاكتفاء بذكر السبب مطلقاً ونظيره لو شهد ثلاثة بالزنا ووصفوه، وشهد الرابع ولم يصفه فإنهم لا يُحدون على قول لمثل ما ذكرناه.

(٢) في أ: والدواب.

(٣) في ز: وفي.

(٤) في أ: لكلام.

(٥) قال في الخادم فيه أمران:

أحدهما: أن المكتفي بالإجارة يشترط فيها التكرار. حكاه في الذخائر ثم قال: ويحتمل أن يكتفي بها من غير تكرار كالبيع والهدم والبناء ونحوه، والحال التي اعتمد عليها الأول يتطرق مثله فيما ذكرناه من التصرفات فإنها قد صدرت من وكيل. انتهى. =

المسألة الثانية: الإِعْسَارُ ليس مما يُشَاهَدُ، ويَعْسَرُ الاطِّلاَعُ عليه، فتبنى الشَّهَادَةُ فيه على القَرَائِنِ، ومُرَاقَبَةِ الشَّخْصِ في الخَلَوَاتِ، لِيُعْرَفَ صَبْرُهُ على الضُّرِّ والإِضَاقَةِ.

والمسألة بشرحها مَذْكُورَةٌ في التَّفْلِيسِ ويُعْتَبَرُ فيمن يَشْهَدُ به، الخبرة الباطنة، كالشَّهَادَةِ على أن لا وَارِثَ لِفُلاَنٍ إلا فلان، بِخلاَفِ الشَّهَادَةِ على المِلْكِ؛ لأن الأَسْبَابَ المُفِيدَةَ لِلظَّنِّ ها هنا خَفِيَّةٌ، يَخْتَصُّ بها من مُخَالَطَةِ الرجل، ومُجَالَسَتِهِ، وأَسْبَابُ المِلْكِ ظَاهِرَةٌ، لا يَخْتَصُّ فيها المُخَالِطُونَ.

فروع:

أحدها: حكى القاضي أبو سعد الهَرَوِيُّ وَجْهاً استغربه[1] في الدَّيْنِ: أنه تجوز الشَّهَادَةُ به بالسَّمَاعِ، والاسْتِفَاضَة كالعين[2] ولابن الصَّبَّاغِ إِلْمَامٌ بما ذَكَرَهُ.

الثاني: في قَبُولِ شَهَادَةِ الأَعْمَى، فيما تَجُوز الشَّهَادَةُ فيه بالاسْتِفَاضَةِ والسَّمَاعِ وجهان مَنْقُولاَنِ في «جمع الجوامع».

أحدهما: وبه قال ابن سُرَيْجٍ: أنها تُقْبَلُ؛ لأن الاعْتِمَادَ فيه على السَّمَاعِ، وهو في السَّمَاعِ كالبَصِيرِ.

والثاني: المَنْعُ، لأنه لاَ بُدَّ من مُشَاهَدَةِ المُخْبِرِينَ، ومعرفة أَحْوَالِهِمْ، ليحصل العِلْمُ. وهذا أَصَحُّ عند القاضي، والأول هو جَوَابُ معظم الأَصْحَاب؛ إلا أن شَهَادَتَهُ، إنما تُقْبَلُ، إذا لم يحتج إلى تَعْيِينٍ، وإِشَارَةٍ، بأن يكون الرجل مَعْرُوفاً باسْمِهِ، ونَسَبِهِ الأَدْنَى. ويَحْتَاجُ إلى إثباتِ[3] نَسَبِهِ الأَعْلَى؛ ككونه هَاشِمِيّاً، أو عَلَوِيّاً، فيشهد الأَعْمَىٰ بِنَسَبِهِ الأَعْلَىٰ.

وصور أيضاً في النَّسَبِ الأدنى، بأن يَصِفَ الشَّخْصَ، فيقول: الرجل الذي اسْمُهُ كذا، وكُنْيَتُهُ كذا، وسُوقُهُ، ومُصَلاَّهُ، ومَسْكَنُهُ، وكذا [بأنه][4] فلان ابن فلان، ثم يقيم[5] الرجل بَيِّنَةً أُخْرَى، على أنه الذي اسْمُهُ كذا، وكُنْيَتُهُ كذا، إلى آخر الصِّفَاتِ.

وصورته في المِلْكِ، أن يَشْهَدَ الأَعْمَىٰ في دار مَعْرُوفَةٍ، أنها لفلان ابن فلان.

ويمكن أن يُقَالَ: الوجه الذَّاهِبُ إلى أن شَهَادَتَهُ لا تُقْبَلُ، مَخْصُوصٌ بما إذا كان

= **الثاني**: أن منعه الاكتفاء بالمدة الواحدة هو خلاف قضية كلام الذخائر ويظهر أن ذكر المدة لا مفهوم له بل والمدتين كذلك ولا سيما مع قرب زمان الثاني من الأول.

(١) في أ: أَشْعَرَ به.
(٢) في ز: كالعبد.
(٣) في ز: إتيان.
(٤) سقط في: ز.
(٥) في ز: يضم.

السَّمَاعُ من عَدَدٍ لا يُؤْمَنُ تَوَاطُؤُهُمْ، كشخصين، وثلاثة، فأما إذا حَصَلَ السَّمَاعُ من جَمْعٍ كَثِيرٍ، فلا حَاجَةَ فيه إلى المُشَاهَدَةِ، ومَعْرِفَةِ حال المُخْبِرِينَ.

الثالث: ما يجوز الشَّهَادَةُ به اعْتِمَاداً على السَّمَاع، والاسْتِفَاضَةِ، يجوز الحَلِفُ به اعْتِمَاداً عليهما وبل أولى لما مر، أنه يجوز الحَلِفُ اعْتِمَاداً على خَطِّ الأَبِ، ولا تجوز الشَّهَادَةُ[1].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الفَصْلُ الثَّالِثُ فِي التَّحَمُّلِ وَالأَدَاءِ وَيَجِبُ الأَدَاءُ عَلَى كُلِّ مُتَعَيَّنٍ لِلشَّهَادَةِ مُتَحَمِّلٍ لَهَا إِذَا دُعِيَ مِنْ دُونِ مَسَافَةِ العَدْوَىٰ، فَإِنْ دُعِيَ مِنْ فَوْقِهَا وَدُونَ مَسَافَةِ القَصْرِ أَوْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَيِّناً أَوْ لَمْ يَتَحَمَّلْ قَصْداً لَكِنْ وَقَعَ بَصَرُهُ فَفِي الوُجُوبِ وَجْهَانِ، وَلَوْ تَعَيَّنَا فَٱمْتَنَعَ أَحَدُهُمَا وَقَالَ: أَحْلِفُ مَعَ الآخَرِ أَثِمَ، وَلَوْ لَمْ يَتَعَيَّنْ وَٱمْتَنَعَ جَمِيعُهُمْ أَثِمُوا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الكلام في بيان[2] أحكام الشَّهَادَةِ آخراً، وتَحَمُّلِهَا أَوَّلاً. أما الأَدَاءُ، فهو وَاجِبٌ في الجُمْلَةِ، والكتمان ممنوع منه ـ قال الله تعالى: **﴿وَلاَ تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾** الآية [البقرة ـ ٢٨٣].

وذكر صاحب الكتاب لِضَبْطِ مَوْضِعِ الوجوب قُيُوداً، فقال: «ويجب الأَدَاءُ على كل مُتَعَيِّنٍ للشَّهَادَةِ، مُتَحَمِّلٍ لها، إذا دُعِيَ من دون مَسَافَةِ العدوى».

أحدها: التعين، فإن لم يكن في الوَاقِعَةِ إلا شَاهِدَانِ؛ بأن لم يَتَحَمَّلْ سِوَاهُمَا، أو مات البَاقُونَ، أو جُنُّوا، أو غَابُوا، فيجب عليهما الأَدَاءُ، ومن أبى عَصَى.

ولو شهد أَحَدُهُمَا، وامْتَنَعَ الآخَرُ، وقال: أَحْلِفُ مع الذي شَهِدَ، فهو عَاصٍ أيضاً، فإن من مَقَاصِدِ الإِشْهَادِ، التَّوَرُّعُ عن اليَمِينِ.

قال الإمام: وكذا الشَّاهِدَانِ على رَدِّ الوَدِيعَةِ؛ إذا امْتَنَعَا، وقالا للمودع: احْلِفْ على الرَّدِّ. ولو لم يكن في الوَاقِعَةِ إلا شَاهِدٌ واحد، فإن كان الحَقُّ مما يَثْبُتُ بشاهد، ويَمِينٍ، فعليه الأَدَاءُ، وإلا، لم يجب؛ لأن المَقْصُودَ لا يَحْصُلُ به.

وحكى القاضي ابْنُ كَجٍّ وَجْهاً آخر: أنه يجب؛ لأنَّهَا أَمَانَةٌ لَزِمَتْهُ، والمُدَّعِي يَنْتَفِعُ بأدائها في انْدِفَاعِ بعض تُهْمَةِ الكَذِبِ، وإن لم يَنْتَفِعْ في ثُبُوتِ الحَقِّ، وإن كان في

---

(١) قوله: «اعتماداً على الاستفاضة جواز الحلف فيما يعتمد الشهادة» فيه اليقين من باب أولى، ولهذا ذكر الروياني في الفروق والجرجاني في المعاياة أن كُلَّ ما جَازَ للإنسان أن يشهد به جاز له أن يحلف عليه ولا ينعكس، واستدلاله بأن باب اليمين أوسع أن يحلف الفاسق والعبد ومن لا يقبل شهادته ثم لا يشهدون.

(٢) في ز: شأن.

الوَاقِعَةِ شُهُودٌ، فالأَدَاءُ فَرْضٌ على الكِفَايَةِ، إذا قام به اثْنَانِ منهم، سَقَطَ الفَرْضُ عن البَاقِين. وإن طُلِبَ الأَدَاءُ من اثنين، ففي وجوب الإِجَابَةِ عليهما وَجْهَانِ، وعن ابن القَاصِّ؛ قولان:

أحدهما: لا يجب، كما أن من دُعِيَ للتَحَمُّلِ، لا يجب عليه الإِجَابَةُ، إذا لم يَتَعَيَّنْ. وبهذا أجاب الصيمري.

وأصحهما: وبه قال أبو إِسْحَاقَ: يجب، وإلا، لأَفْضَىٰ إلى التواكل[١]. ولأن من عَيَّنَهُ، قد يكون أَظْهَرَ عَدَالَة، فيسارع القَاضِي إلى قَبُولِ قَوْلِهِ، وليس كالتَّحَمُّلِ؛ لأن هناك يُطْلَبُ منه تَحَمُّلُ أَمَانَةٍ، وها هنا يُطْلَبُ أَدَاءُ أَمَانَةٍ تَحملَهَا.

قال الإِمَامُ: وموضع الوَجْهَيْن، ما إذا عَلِمَ المُدَّعون، أن في الشُّهُودِ من يَرْغَبُ في الأَدَاءِ، أو[٢] لم يعلم من حالهم رغبة، ولا إباءً[٣].

أما إذا عُلِم إِبَاؤُهُمْ، فليس ذلك مَوْضِعَ الخلاف.

القَيْدُ الثاني: كونه مُتَحَمِّلاً لها عن قَصْدٍ. أما من سمع الشيء، أو وقع عليه بَصَرُهُ اتِّفَاقاً، ففي الوُجُوبِ وَجْهَانِ مذكوران في «النِّهَايَةِ»:

أحدهما: لا يجب، لأنه لم يُوجَدْ منه الْتِزَامٌ، وإذا تَحَمَّلَ قَصْداً، كان مُلْتَزِماً، فجعل كَضَمَانِ الأَمْوَالِ، وأَوْفَقُهُمَا لإِطْلاَقِ أكثرهم؛ أنه كالتَّحَمُّلِ قَصْداً؛ لأنه أَمَانَةٌ حَصَلَتْ عنده، فعليه الخُرُوجُ منها[٤]، وهذا كما أن الأَمَانَاتِ المَالِيَّةَ، تَارَةً تَحْصُلُ عنده بِقَبُولِ الوَدِيعَةِ، وتَارَةً بتطيير الريح.

القَيْدُ الثَّالِثُ: أن يُدْعَىٰ لأداء الشَّهَادَةِ مِنْ مَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ. ومهما كان القاضي في البَلَدِ، فالمَسَافَةُ قَرِيبَةٌ، وكذا لو دُعِيَ إلى مسافة، يَتَمَكَّنُ المُبَكِّرُ إليها من الرجوع إلى

---

(١) في أ: التوكيل.

(٢) في ز: و.

(٣) قال في الخادم: فيه أمران:

أحدهما: أن هذه العبارة تقتضي أنه إذا علم رغبتهم يجوز قطعاً أو إباءهم فيمتنع قطعاً وأن موضع الخلاف إذا لم يعلم الحال، وليس كذلك وينبغي أن يخرج عن موضع الخلاف فيما إذا علموا أن منهم من يرغب في الأداء بخلاف ما لو علم المدعون أن إباءها يؤدي إلى ضياع الحق وتأخيره مع ضرورة المستحق وقرب مجلس الحكم فيهما وبعد غيرهما منه، ويحتمل التفصيل ممن يحمل قصداً ومن يحمل اتفاقاً، ولهذا علل الروياني وجه الإلزام بأنه فرض ألزمه نفسه.

الثاني: حكاه عن الإمام جزم به في الروضة على خلاف أصله نعم جزم الرافعي به في الشرح الصغير من غير عزو إليه. (بتصرف).

(٤) في ز: عنها.

أَهْلِهِ، وَجَبَتِ الإِجَابَةُ لِلْحَاجَةِ إلى الإِثْبَاتِ، وَتَعَذُّر الإثبات بالشهادة على الشَّهادة، والمسافة هذه وهذه التي تسمى مَسَافَةَ العَدْوَى.

وقد بَيَّنَّا في النكاح سَبَبَ هذه التَّسْمِيَةِ، فإن ادعى إلى مَسَافَةِ القَصْدِ، [لم تجب الإجابة، وإن كانت دُونَ مَسَافَةِ القَصْرِ][1]. ولكن لا يتمكن المُبَكِّرُ إليها من الرُّجُوعِ، فوجهان؛ بِنَاءً على أن الشَّهَادَةَ على الشهادة في مِثْلِهَا، هل يقبل؟ أقربهما، القبولَ، وعدم وُجُوبِ الإِجَابَةِ، للمَشَقَّةِ. وهذا كُلُّهُ تَفْرِيعٌ على أن الشَّاهِدَ، يجب عليه الحُضُورُ عند القَاضِي لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ، وهو الصحيح. وإلا، لَتَعِبَ القَاضِي في الطَّوَفِ على أَبْوَابِ الشهود، وسقط وقعه، أو ضَاعَتِ الحُقُوقُ.

وعن القاضي أبي حَامِدٍ: أنه ليس على الشَّاهِدِ إلا أَدَاءُ الشَّهَادَةِ، إذا اجتَمَعَ مع القَاضِي. وقوله في الكتاب: «فإن دُعِيَ إلى من فوقها»، بعد قوله: «من دون مسافة العدوى»، [ظاهره عود الكتابة إلى مسافة العَدْوَى وحينئذ فحكم مسافة العَدْوَى][2]، يكون مَسْكُوتاً عنه.

ولو قال: فإن دعي من فوقه لعادت الكِتَابَةُ إلى ما دون مَسَافَةِ العَدْوَىٰ، ولدخل فيه مَسَافَةُ العَدْوَى، وما فوقها، فهذه هي القُيُودُ في الكتاب.

ووراءه قَيْدٌ رَابعٌ: وهو أن يكون الشَّاهِدُ عَدْلاً، فإن كان فَاسِقاً، ودعي لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ؛ نُظِرَ، إن كان فسقُهُ مُجْمَعاً عليه، إما ظاهِراً، أو خَفِياً، لم يَجُزْ له أن يَشْهَدَ، فَضْلاً عن الوُجُوبِ، وإن كان مُجْتَهَداً فيه كَشُرْبِ النَّبِيذِ، فعليه أن يَشْهَدَ، وإن عهد من القاضي التَّفْسيق، ورَدَّ الشهادة به؛ لأنه قد يَتَغَيَّرُ اجْتِهَادُهُ. هذا هو الأَظْهَرُ وفي أمالي أبي الفَرَجِ السَّرَخْسِيِّ وَجْهٌ: أنه لا يجب في الفِسْقِ المُجْتَهَدِ فيه، إذا كان ظَاهِراً[3]، لأن الظَّاهِرَ اسْتِمْرَارُهُ على اجْتِهَادِهِ.

وفي كتاب القاضي ابن كَجٍّ: إِطْلاَقُ القَوْلِ: بأن عليه أن يَشْهَدَ، إن كان فِسْقُهُ خَفِيّاً، وإطلاق وجهين فيما، إذا كان ظَاهِراً وحكى وجهين في أنه، هل لِلشَّاهِدِ أن يَشْهَدَ بما يَعْلَمُ، أن القاضي يُرَتِّبُ عليه ما لا يعتقده الشَّاهِدُ، كالبيع الذي يرتب عليه الشُّفْعَةَ، بالجِوَارِ والشاهد لا يعتقد الجِوَارَ مُثْبِتاً لِلشُّفْعَةِ؟

وإذا كان أحد الشَّاهِدَيْنِ عَدْلاً، والآخر فَاسِقاً فِسْقاً مُجْمَعاً عليه؛ لم يجب على

---

(١) سقط في: أ.
(٢) سقط في: أ.
(٣) ما ذكره في المجمع عليه صحيح في الفسق الظاهر، أما الفسق الخفي فلا لأنها شهادة بحق وإعانة على حق في نفس الأمر ولا إثم على القاضي إذا لم يقصر، وإنما هذا شيء قاله القاضي الحسين والبغوي وتبعهما الرافعي.

العَدْلِ الأَدَاءُ؛ تَفْرِيعاً على الصَّحيح، إذا كان الحَقُّ لا يَثْبُتُ بشَاهِدٍ، ويَمِينٍ.

وَقَيْدٌ خَامِسٌ: وهو ألا يَكُونَ مَعْذُوراً بِمَرَضٍ، ونحوه؛ فإن المَرِيض الذي يَشُقُّ عليه الحُضُورُ، لا يُكَلَّفُ أن يَحْضُرَ، ويؤدي، بل إما أن يُشْهِدَ على شَهَادَتِهِ، أو يَبْعَثَ القاضي إليه مَنْ يَسْمَعُ شهادته، والمرأة المَخَدَّرَةُ، كالمَرِيضِ، وفيها الخِلاَفُ الذي سَبَقَ في الباب الثالث من «أدب القضاء».

وغير المُخَدَّرَةِ يَلْزَمُهَا الحُضُورُ وَالأَدَاءُ، وعلى الزوج أن يَأْذَنَ لها: ذكره القاضي ابْنُ كَجٍّ. وإذا اجتمعت شَرَائِطُ الوُجُوبِ، فلا يُرْهَقُ الشَّاهِد إِرْهَاقاً؛ بل لو كان في صَلاَةٍ، أو حَمَّامٍ، أو على طَعَامٍ، فله التَّأْخِيرُ إلى أن يَفْرَغَ.

وعن أبي الحُسَيْنِ بن القَطَّانِ حِكَايَةُ قولين: أنه هل يُمْهَلُ إلى ثَلاَثَةِ أيام[1]؟ قال القاضي ابْنُ كَجٍّ والظاهر: المَنْعُ، وذكر أنه لو شَهِدَ، وَرَدَّ القاضي شَهَادَتَهُ بِعلَّةِ الفِسْقِ، ثم طلب المُدّعي منه أن يَشْهَدَ عند قَاضٍ آخر؛ فعليه الإِجَابَةُ.

وعند ذلك القاضي لا يَجِبُ.

وفيه وجه: أنه لو دُعِيَ لأداء الشَّهَادَةِ عند أَمِيرٍ أَوْ وَزِيرٍ، فعند ابن القَطَّانِ لا يَجِبُ عليه أَدَاءُ الشَّهَادَةِ عندهما، وإنما يَلْزَمُ عند مَنْ له أَهْلِيَّةُ سَمَاعِ الشَّهادة وهو القاضي. قال: وعندي يَجِبُ إذا عُلِمَ أنه يَصِلُ به الحَقُّ إلى المُسْتَحِقِّ[2].

---

(١) قال في الخادم: اقتصاره على حكاية قولين في ثلاثة أيام. قال ابن كج: والظاهر المنع. هذا لفظه، وقد صرح بحكايتهما الدارمي مع طريقة ثالثة فقال: إن سألا النظرة فليس عليه إلا حسب العرف. وقيل: قولان كالمزني. وقيل: لا ينظر قولاً واحداً.

(٢) قال النووي: قول ابن كج أصح. والله أعلم.

قال في الخادم: وينبغي حمل كلام ابن كج والشيخ أبي حامد وغيرهما أي ممن وافق ابن كج على ما إذا علم أن الحق لا يتخلص إلا عند الأمير أو الوزير وإليه يرشد قول ابن كج إذا علم أنه يصل إلى الحق وما استشهد به لا دلالة فيه فإنه يصدق بما ذكره مع قدرة القاضي على اتصال حقه. نعم لو قال ابن كج إذا علم أنه لا يصل إلى حقه إلا به لظهر ذلك، ثم قال في الخادم بعدما تقدم أما إذا علم أن القاضي يقدر على تخليصه فلا وجه لإقامة الشهادة عند من ليس أهلاً لسماعها، وقد جزم في الروضة في باب القضاء على الغائب بأن منصب سماع الشهادة يختص بالقضاة فلا يعدل عن ذلك لضرورة، ولعل ما نقله في المهمات عن ابن سراقة من أن الأكثرين على المنع محمول على هذه الحالة، ولا يعارض ذلك كلام ابن كج وغيره ثم هذا كله في العدل، أما الجائز فلا يجب قطعاً وقد صرح بذلك الدارمي فقال إذا دعي ليشهد عند غير حاكم كأمير ونحوه فإن كان جائراً لم يجب، وإن كان عدلاً فوجهان، وفي فتاوى القاضي أبي بكر الشاشي صاحب القاضي أبي الطيب إذا استدعي ليشهد عند سلطان جرت عادته أن يقابل على الجناية بأكثر من عقوبتها لم يجز له أن يشهد عنده، وفصل الماوردي والروياني فقالا إن دعي=

فرع:

حكى الشَّيْخُ أبو الفَرَجِ وَجْهَيْنِ: في أنه هل يَجِبُ الحُضُورُ عند القاضي الجَائِرِ والمُتَعَنِّتِ، وأداء الشهادة؟ لأنه لا يَأْمَنُ الشَّاهِدُ رَدَّ شَهَادَتِهِ جَوْراً، وتَعَنُّتاً؟ فَيَتَعَيَّنُ، وعلى هذا فَعَدَالَةُ القاضي واسْتِجْمَاعُهُ الصفات المَرْعِيَّة، شَرْطٌ آخر من شَرَائِطِ الوُجُوبِ[1].

فرع:

إذا امتنع الشاهد عن أَدَاءِ الشَّهَادَةِ بعد وُجُوبِهِ حَيّاً من المَشْهُودِ عليه، قال القاضي الحُسَيْنُ: يَعْصِي، ولا يجوز لِلْقَاضِي قَبُولُ شَهَادَتِهِ في شَيْءٍ أَصْلاً، حتى يَتُوبَ، ويُوَافِقَ هذا ما قيل: إن المدعي لو قال للقاضي: لي عند فُلاَنٍ شَهَادَةٌ، وهو ممتنع[2] من أَدَائِهَا، فأحضره لِيَشْهَدَ، لم يُجِبْهُ القاضي؛ لأنه فَاسِقٌ بالامْتِنَاعِ بِزَعْمِهِ، فلا يُنْتَفَعُ بشهادته[3]. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلاَ يَسْتَحِقُّ الشَّاهِدُ أُجْرَةً إِلاَّ أُجْرَةَ المَرْكُوبِ، ثُمَّ لَهُ أَنْ لاَ يَرْكَبَ، وَالكَاتِبُ يَسْتَحِقُّ، وَالتَّحَمُّلُ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ مِنْ فُرُوضِ الكِفَايَاتِ، وَفِي سَائِرِ المُعَامَلاَتِ وَجْهَانِ، إِذْ يَسْتَغْنِي عَنْهَا الاَنْعِقَادُ دُونَ الإِثْبَاتِ، وَكَذَا كِتَابَةُ الصُّكُوكِ مِنْ فُرُوضِ الكِفَايَاتِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في هذه البقية، التَّعَرُّضُ لثلاثة أُمُورٍ: وهي أن الشَّاهِدَ هل يَأْخُذُ شيْئاً؟ وحُكْمُ تَحَمُّلِ الشهادة في الابتداء، وحُكْمُ كِتَابَةِ الصُّكُوكِ، وأخذ الأُجْرَةِ عليها.

ونحن نَذْكُرُهَا من غير رِعَايَةِ تَرْتِيبِ الكتاب: أحد الأمور الثلاثة: حكم [التحمل][4] وهو مِنْ فُرُوضِ الكِفَايَاتِ في النِّكَاحِ، لِتَوَقُّفِ الانْعِقَادِ عليه، فلو امتنع الكُلُّ عنه، أَثِمُوا، ولو طُلِبَ من اثنين التَّحَمُّلُ، وهناك غَيْرُهُمَا، لم يَتَعَيَّنَا، بخلاف ما إذا تَحَمَّلَ جَمَاعَةٌ، وطُلِبَ من اثنين منهم الأَدَاءُ لما مَرَّ.

وأما في التَّصَرُّفَاتِ المَالِيَّةِ، والإِقْرَارِ، فهل التَّحَمُّلُ من فُرُوضِ الكِفَايَاتِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، وإنما هو مَنْدُوبٌ إليه؛ لأن صِحَّتَهَا واسْتِيفَاءَ مَقَاصِدِهَا، لا يَتَوَقَّفُ عليه.

= ليشهد عند جائر، فإن كان جوره في الحق المشهود به لم يلزمه الإجابة، وإن كان في غيره لزمه.

(١) قال النووي: الراجح الوجوب. (٢) في ز: يمتنع.

(٣) قال النووي: ينبغي أن يحمل هذا على ما إذا قال: هو ممتنع بلا عذر.

(٤) سقط في: ز.

وأَشْهَدُهُمَا: وبه أجاب العِرَاقِيُّونَ وغيرهم: نعم؛ لأن الحَاجَةَ تَمَسُّ إلى تَأْكِيدِهَا، وتَمْهِيد طَرِيقِ إثباتها[(١)] عند التَّنَازُعِ، ومصالح الخلق لا تَتِمُّ إلا بها.

وعن ابن القَطَّانِ: تخصيص الخِلاَفِ بما إذا لم يَتَقَابَضَا، لِتَأْجِيلٍ، أو غيره. فأما بعد التَّقَابُضِ، فلا يجب التحمُّلُ بِحَالٍ.

ومنهم من يَقْتَضِي إِيْرَادُهُ طَرْدَ الخلاف في النِّكَاحِ أيضاً.

وإذا قلنا بالإِقْرَاضِ، فذلك، إذا أَحْضَرَهُ المُحَمِّلُ، أما إذا دُعِيَ للتحمل. فقد حكى القاضي ابْنُ كَجٍّ عن بعض الأَصْحَابِ: أن عليه الإِجَابَة، كما إذا دُعِيَ لِلأَدَاءِ.

وعن القاضي أبي حَامِدٍ: أنه لا يَجِبُ، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب»، وأبو الفرج، إلا أن يكون المُحَمّلُ مَعْذُوراً بِمَرَضٍ أو حَبْسٍ، فتجب الإجابة.

وكذا في المرأة المُخَدَّرَةِ إذا أثبتنا التَّخْدِيرِ أَثَراً، وكذا إذا دَعَاهُ القاضي لِيَشْهَدَ على أَمْرٍ ثَبَتَ عنده، فعليه الإِجَابَةُ، كيلا يَحْتَاجَ القاضي إلى التَّرَدُّدِ على أبواب الشُّهُودِ، فَتَتَعَطَّلُ مَصَالِحُ الناس.

والثاني: إن تَطَوَّعَ الشَّاهِدُ بِتَحَمُّلِ الشهادة، وأَدَائِهَا، فقد أَحْسَنَ. وإن طَمِعَ في شيء، فذاك؛ إما رِزْقٌ من بَيْتِ المال، أو شَيْءٌ من مال المشهود له.

وأما الرِّزْق [من بيت المال][(٢)] فقد ذكر الشيخ أبو حَامِدٍ، وابْنُ الصَّبَّاغِ، وآخرون: أن الشاهد ليس له [أَخْذ][(٣)] الرِّزْقِ من بَيْتِ المال؛ لِتَحمُّلِ الشهادة. وقيل له [ذلك][(٤)]: فإن قلنا بالأَوَّلِ، وهو الأَقْرَبُ، فَلَوْ رَزَقَهُ الإِمَامُ من ماله، أو رَزَقَهُ وَاحِدٌ من

---

(١) في أ: لثباتها.

(٢) سقط في: ز. (٣) في ز: له في أخذ.

(٤) سقط في ز، هذا وقد ساق النووي في روضته عبارة الرافعي كما هنا، وتعقب.

فقال في الخادم: إن المصنف تبع بعض النسخ السقيمة من الرافعي والصواب ما ثبت في النسخة الصحيحة فذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وآخرون أنه لو أخذ الرزق من بيت المال على ذلك كالقاضي.

وقال ابن القاص لا يأخذ الرزق من بيت المال لتحمل الشهادة ولا غيره فإن قلنا بالأول وهو الأقرب فلو رزقه الإمام من ماله إلى آخره، وإنما قلت هذه النسخة الصحيحة لأن لفظ ابن القاص في كتابه أدب القضاء، فأما العدل فلا يجوز له أخذ الرزق على ذلك من بيت المال ولا غيره كما لا يجوز للشاهد أن يأخذ شيئاً على شهادته. قلته تخريجاً، انتهى.

وكذا نقله عنه الروياني في باب القسمة من البحر نعم ما نقله الرافعي عن ابن الصباغ وأبي حامد ليس كذلك فإن ابن الصباغ قال في الشامل في أول أدب القضاء أن القاضي يجوز له أخذ الرزق=

النَّاسِ، فيكون الحُكْمُ، كما ذكرنا في القاضي. وأما مَالُ المَشْهُودِ له، فليس لِلشَّاهِدِ أَخْذُ أُجْرَةٍ على أَدَاءِ الشهادة، وَوَجَّهُوهُ، بأن الأَدَاءَ فَرْضٌ، فَتَوَجَّهَ عليه، فلا يَأْخُذُ عليه شيئاً[1]. وقد يوجَّهُ أيضاً، بأنه كَلاَمٌ يَسِيرٌ، لا أُجْرَةَ لِمِثْلِهِ، وأما إتيان القاضي والحُضُورُ عنده، فقد أَطْلَقَ صَاحِبُ الكتاب: أن له أن يَطْلُبَ أُجْرَةَ المَرْكُوبِ، من غير فَرْقٍ بين أن يَكُونَ القَاضِي معه في البَلَدِ، أو لا يكون لكنه على مَا حَكَى الإِمَامُ، وصاحب «التهذيب»، مَخْصُوصٌ بما إذا لم يكن معه في البَلَدِ، بل كان يَأْتِيهِ من مَسَافَةِ العَدْوَىٰ، فما فوقها.

فأما إذا كان مَعَهُ في البَلَدِ، فلا يأخذ شَيْئاً. وضم في «التهذيب» نَفَقَةَ الطَّرِيق، إلى أُجْرَةِ المَرْكُوبِ. وَحَكَىٰ وَجْهَيْنِ فيما لو دَفَعَ إليه شَيْئاً لِيَصْرِفَهُ إلى نَفَقَةِ الطَّرِيقِ.

وكذا المَرْكُوبُ، وهل له أن يَصْرِفَهُ إلى غَرَضٍ آخر، ويَمْشِي رَاجِلاً؟ ـ قال: وهما كالوَجْهَيْنِ، فيما إذا دَفَعَ إلى فَقِيرٍ شَيْئاً، قال: اشترِ به لنفسك ثَوْباً، هل له أن يصرفه[2] إلى غير الثَّوْبِ؟

والأشبه: الجَوَازُ، وهو الجَوَابُ في الكتاب. فهذا ما قيل: [في][3] أن الشَّاهِدَ يأخذه من مَالِ المشهود له، لم يَتَعَرَّضْ أَكْثَرُهُمْ لما سِوَى ذلك.

نعم، في تَعْلِيقِ الشيخ أبي حَامِدٍ: أنه لو كان الشَّاهِدُ فَقِيراً؛ يَكْتَسِبُ قُوتَه يَوْماً بيوم [وكان][4] في صرف الزمان إلى أَدَاءِ الشَّهَادَةِ ما يشغله عن كَسْبِهِ، فلا يَلْزَمُهُ الأَدَاءُ، إلا إذا بَذَلَ المَشْهُودُ له قدر ما يَكْتَسِبُهُ في ذلك الوَقْتِ؛ هذا في طرف الأَدَاءِ.

ولو طلب الشاهد أُجْرَةً، لِيَتَحَمَّلَ، فإن لم يَتَعيَّنْ، فله الأَخْذُ، وإن تَعَيَّنَ، فوجهان:

أظهرهما: الجَوَازُ، كما ذكرنا في الإِجَارَةِ. إذا تَعَيَّنَ شَخْصٌ لِتَجْهِيزِ المَيِّتِ، أو تعليم الفَاتِحَةِ.

= على القضاء إن لم يتعين عليه فإن تعين وكان له كفاية لم يجز وإلا جاز ثم قال: وهكذا الحكم في تحمل الشهادة وأدائها وكذا ذكره أصحاب الشيخ أبي حامد في الموضع المذكور منهم المحاملي في التجريد وسليم في المجرد والقاضي أبو الطيب في التعليق والبندنيجي وغيرهم ونقله في البحر في باب القسمة عن الأصحاب قياساً على القضاء ولا فرق بينهما وحكى في البيان في أول الشهادات وجهين فيمن لم يتعين عليه وجزم بالمنع في المتعين.
وقال في الخادم أيضاً أن قوله فإن قلنا بالأول صوابه بالثاني فإن الرافعي إنما ذكره تفريعاً على الجواز وهو الصواب فإن على قول المنع لا يتجه في المنع بخلافه على قول الجواز فينبغي أن يكون فيه خلاف والقاضي أولى بالمنع. . إلى آخر ما ذكره. قاله البكري.

(١) في ز: شاء.
(٢) في ز: صرفه.
(٣) سقط في: ز.
(٤) سقط في: ز.

قال الشيخ أبو الفَرَج: وهذا إذا دُعِيَ لِيَتَحَمَّل، فأما إذا أتَاهُ المحمل، فليس لِلتَّحَمُّلِ، والحالة هذه، أُجْرَةٌ، وليس له أن يَأْخُذَ شَيْئاً.

واعلم أن قَضِيَّةَ قولنا: إنه يَطْلُبُ الأُجْرَةَ، [إذا دُعِيَ للتحمل، أن يَطْلُبَ الأُجْرَةَ][1]، إذا دعي للأداء، من غير فَرْقٍ بين أن يكون القَاضِي مَعَهُ في البَلَدِ، أو لا يكون. كما لا فَرْقَ في التَّحَمُّلِ، وأن يكون النَّظَرُ إلى الأُجْرَةِ مُطْلَقاً، لا إلى نَفَقَةِ الطريق، وكذا المركوب خَاصَّةً. ثم هو يَصْرِفُ المَأْخُوذَ إلى ما يشاء، ولا يَمْنَعُ من ذلك كَوْنُ الأَدَاءِ فَرْضاً عليه، كما ذكرنا في التَّحَمُّلِ مع تَعَيُّنِهِ على أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ[2].

والثالث: كتابة الصُّكُوك؛ هل هي من فُرُوضِ الكِفَايَاتِ؟ فيه وجهان:

أشبههما: وهو المَذْكُورُ في أمالي أبي الفرج السَّرْخَسِيِّ نعم؛ لأنه لا يُسْتَغْنَى عنها في عِصْمَةِ الحُقُوقِ، والأَمْوَالِ، ولها أَثَرٌ ظَاهِرٌ في التَّذَكُّرِ.

وإن لم يَجُزِ الاعْتِمَادُ على الخَطِّ وَحْدَهُ، وهما كالوجهين في التحمل، لكن التَّحَمُّلَ أَوْلَىٰ بالإِفْرَاضِ؛ لأن الحُجَّةَ بالشهود[3] لا بالكِتَابِ.

وإن قلنا: لا تجب الكِتَابَةُ أو قلنا: تَجِبُ. ولم يَتَعَيَّن الشَّخْصُ للكتابة، فله طَلَبُ الأُجْرَةِ. وإن تَعَيَّنَ، فكذلك في أَظْهَرِ الوجهين. وهذا إذا لم يَرْزُق الإِمَامُ لِكَاتِبِ الصُّكُوكِ من بَيْتِ المال، فإن رزق، قَنَعَ به، ولا أُجْرَةَ له.

وقوله في الكتاب: «إلا أجرة المركوب»، يجوز أن يُعَلَّمَ بالواو لما نَقَلْنَا من تَعْلِيقِ الشَّيْخِ أبي حَامِدٍ.

وكذا قوله: «ثم له أن [لا] يركب»؛ لأحد الوجهين المَحْكِيَّيْنِ عن «التهذيب».

ويمكن أن يُعَلَّمَ قوله: «والكاتب يَسْتَحِقُّ» أيضاً لأنه مطلق، وقد عَرَفْتَ وَجْهاً: أنه لا يَسْتَحِقُّ، إذا قلنا: إن الكتابة[4] فَرْضٌ وتعين.

---

(١) سقط في: أ.

(٢) قال النووي: هذا الذي أورده الرافعي رحمه الله ضعيف مع أنه خلاف قول الأصحاب كما سبق، فإن فرض من يحتاج إلى الركوب في البلد، فهو محتمل، والوجوب ظاهر حينئذ. والله أعلم.
قال في الخادم: وليس كلام الرافعي بالنازل ولا هو متفرد به عن الأصحاب، فإن القاضي الحسين والبغوي ذكرا في تعليقهما أن أخذ الأجرة في التحمل على قطع المسافة إذ لا يلزم المشي على نفس الشهادة فإنه لا يؤخذ عليها أجرة، وهذا بعينه يأتي في الأداء وتنتفي التهمة حينئذ نعم حكاه الإمام عن القاضي واستشكله بأن المشي إذا لم يكن مستحقاً فليس عليه أن يمشي وكونه مستحقاً مع أخذ الأجرة.

(٣) في ز: بالمشهور.

(٤) في أ: الكتبة.

هذه آدَابُ التَّحَمُّلِ والأَدَاءِ، مَنْقُولَةٌ من مختصر أبي القاسم الصَيْمَرِيِّ في هذا الباب. لا ينبغي للشَّاهد أن يَتَحَمَّلَ الشَّهَادَةَ، وبه ما يَمْنَعُهُ من الضَّبْطِ، وتَمَامِ الفَهْم، كَجُوعٍ وعَطَشٍ، وهَمٍّ، وغَضَبٍ.

كما لا يقضي القاضي في هذه الأَحْوَالِ[١]، وإذا أَتَاهُ مَنْ لا يجوز الشَّهَادَةُ عليه، كَصَبِيٍّ، ومَجْنُونٍ، لم يَلْتَفِتْ إليه. وإذا أُتِيَ بكتاب، أُنْشِيءَ على ما لا يَجُوزُ بالإجماع، فكذلك؛ ويتبين فَسَاده. وإن أُنْشِيءَ على ما يَخْتَلِفُ الفُقَهَاءُ فيه، وهو لا يَعْتَقِدُهُ. فعن بعض الأَصْحَابِ: أنه يُعْرِضُ عنه. قال: وليس كذلك، بل، تَثْبُتُ شَهَادَتُهُ فيه، وَيَنْقُلُهُ إلى الحَاكِمِ عند الحَاجَةِ، فيحكم باجتِهَادِهِ. وقد مَرَّ هذا الخِلافُ، أو مِثْلُهُ.

وإذا رأى في الكتاب كَلِمَةً مَكْرُوهَةً، أو مُعَادَةً، فلا بَأْسَ بالضَّرْبِ عليها، سيما إذا لم يَسْبِقْهُ بالشهادة أَحَدٌ، فإن أَغْفَلَ الكاتب[٢] مَا لاَ بُدَّ منه، أَلْحَقَهُ؛ وإن رأى سَطْراً نَاقِصاً، شَغَلَ مَوْضِعَ النُّقْصَانِ بخط أو خطتين[٣].

وإذا قرأ الكِتَاب على المُتَبَايِعَيْنِ مَثَلاً، وقال: عرفتما ما فيه، أشهد عليكما، فقالا: نعم، أو أَجَلْ، أو بَلَى، كفى للتَّحَمُّلِ[٤]. ولا يَكْفِي أن يقول المحمل: الأَمْرُ إِلَيْكَ، أو إن شِئْتَ، أو كما ترى، أو أَسْتَخِيرُ الله، والله أعلم.

وإذا سمع إِقْرَاراً بِدَيْنٍ، أو عِتْقٍ، أو طَلاَقٍ، فله أن يَشْهَدَ به ولكن لا يَقُولُ، ولا يكتب؛ أَشْهَدَنِي بذلك. ويُثْبِتُ الشَّاهِدَ في الكتاب الذي يَتَحَمَّلُ فيه اسْمَهُ، واسْمَ أبيه، وجَدِّهِ، ويجوز أن يَتْرُكَ اسْمَ الجَدِّ، وأن يَتَخَطَّى إلى جَدٍّ أَعْلَى؛ لِشُهْرَتِهِ.

ولا يُثْبِتُ الكُنْيَةَ إلا أن يكون في الشُّهُودِ من يشاركه في الاسْمِ، والنَّسَبِ فيميز بالكنية. ويُسْتَحَبُّ الاسْتِعَانَةُ بما يفيد التذكر[٥] كما قَدَّمْنَاهُ في البابَ الثاني من «أدب القضاء».

---

(١) قال في الخادم: هذا إذا احتمل الحال التأخير أو كان هناك غيره وإلا تحمل واحتاط في الضبط وأخذه من القوت وزاد عليه ويحتمل مجيء التفصيل في الغضب بين أن يكون لله تعالى أو لغيره.

(٢) في ز: الكتاب.

(٣) ذكره الجرجاني في الشافعي أنه يقابل السطور لئلا يكتب في خلالها غيرها ويتأمل غلظ الورقة ودقتها لئلا يحك ويلصق غيره عليه قال: ويقابل ظاهر الكتاب وباطنه لئلا يكون مطبقاً فيقطع منه ويكتب غيره.
قال: ويعلم الوصل ويكتب شهادته بخطه الصحيح من غير استرسال، وإن نَسَخَ الشهادات عنده ليرجع إليها وقت الحاجة كان أولى.

(٤) قال في القوت: سبق وجه في قوله أشهد أنه لا يكفي.

(٥) في ز: الذكر.

وإذا أَشْهَدَهُ القاضي على شَيْءٍ، سَجَّلَ به كتب الشهادة على إنْفَاذِ القاضي ما فيه، أو حكمه بما فيه، ولا يكتب الشَّهَادَةَ على إقْرَارِه، كأنه يَعْنِي إذا حَضَرَ الإنشاء، والأَوْلَىٰ في كتاب الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ، أن يُقرِّرَ مَنْ له الدَّيْنُ، أَوَّلاً بأن يقول: ما الَّذِي لَكَ على هذا؟ فإذا قال: كذا مُؤَجَّلاً. قَرَّرَ مَنْ عليه الدَّيْنُ، لأنه لو أَقَرَّ مَنْ عليه الدَّيْنُ أَوَّلاً، فقد يُنْكِرُ صَاحِبُهُ الأَجَلَ، فيقع في الخِلاَفِ.

وفي السَّلَمِ يقرر المُسَلَّمَ أولاً؛ خَوْفاً من أن ينكر السَّلَم، لو أقر صَاحِبُهُ أَوَّلاً، ويُطَالِبُهُ بالمَدْفُوعِ إليه.

وإذا أتى القاضي الشَّاهِدُ، لأداء الشَّهَادَةِ، أَقْعَدَهُ عن يَمِينِهِ. وإذا كانت شَهَادَتُهُ مُثْبَتَةً في كتابٍ، أَخَذَهُ، وتَأَمَّلَهُ. فإذا سأله المشهود له، اسْتَأْذَنَ القاضي ليصغي إليه.

وعن أبي عَاصِمِ العَبَّادِيِّ أن الشَّهَادَةَ قبل اسْتِئْذَانِ القَاضِي، أو سؤاله لا تَصِحُّ.

والظاهر الأول: نعم، لو شهد(١) من غير اسْتِئْذَانِهِ.

وقال القاضي: كنت ذَاهِلاً(٢) لم أَسْمَعْ، لم يُعْتَدَّ بما جَرَى والله أعلم.

اَلْبَابُ الرَّابِعُ فِي الشَّاهِدِ وَاليَمِينِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَكُلُّ مَا يُثْبَتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ يَثْبتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ إلاَّ عُيُوبَ النِّسَاءِ وَبَابَهَا، إلاَّ أَنَّ الأُنُوثَةَ احْتُمِلَتْ فِيهَا لِحَاجَةِ النِّسَاءِ، ثُمَّ القَضَاءُ بالشَّاهِدِ أَوْ بِاليَمِينِ أَوْ بِهِمَا فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ، وَيَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي الغُرْمِ عِنْدَ الرُّجُوعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجوز القَضَاءُ في الجُمْلَةِ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، وبه قال مَالِكٌ وأَحْمَدُ، خِلاَفاً لأبي حَنِيفَةَ ـ رحمهم الله ـ. لنا ما رُوِيَ عن ابن عَبَّاسٍ، وجَابِرٍ، وأبي هُرَيْرَةَ ـ رضي الله عنهم ـ أن النبي ﷺ [قَضى بالشَّاهِدِ واليَمِينِ](٣).

---

(١) في ز: أو.

(٢) في ز: وأهلاً.

(٣) مسلم وأبو داود والنسائي، وابن ماجه والحاكم والشافعي، وزاد فيه عن عمرو بن دينار أنه قال: وذلك في الأموال، قال الشافعي: وهذا الحديث ثابت لا يرده أحد من أهل العلم، لو لم يكن فيه غيره، مع أن معه غيره مما يشده، وقال النسائي: إسناده جيد، وقال البزار: في الباب أحاديث حسان، أصحها حديث ابن عباس، وقال ابن عبد البر: لا مطعن لأحد في إسناده، كذا قال، وقد قال عباس الدوري في تاريخ يحيى بن معين عنه: ليس بمحفوظ وقال البيهقي: أعله الطحاوي بأنه لا يعلم قيساً يحدث عن عمرو بن دينار بشيء، قال: وليس ما لا يعلمه الطحاوي لا يعلمه غيره، ثم روى بإسناده حديثاً من طريق وهب بن جرير عن أبيه عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار بحديث الذي وقصته ناقته وهو محرم، قال: وليس من شرط قبول الأخبار كثرة=

ورُوِيَ أنه ﷺ] قضى بالشَّاهِدِ الوَاحِدِ، مع يمين الطَّالِبِ[١].

ثم الكلام في ثلاثة فُصُولٍ:

أحدها: في مَوْضِعِهِ ـ وفيه عِبَارَتَانِ:

إحداهما: المذكورة في الكِتَاب: أن ما يَثْبُتُ برَجُلٍ وامرأتين، يَثْبُتُ بشاهد ويَمِينٍ، إلا عُيُوبَ النِّسَاءِ، وما في معناها[٢]، وما لا يَثْبُتُ برجل وامرأتين، لا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ ويَمِينٍ.

والثانية: أن الثَّابِتَ بالشَّاهِدِ واليمين هو الأَمْوَالُ؛ بأَعْيَانِهَا، ودُيُونها، وما يقصد[٣] منه المال، كالبُيُوعِ، والهِبَاتِ، والقِرَاضِ، والمُسَاقَاة، وكَإِتْلاَفِ الأموال[٤]، والجِنَايَاتِ

= رواية الراوي عمن روى عنه، بل إذا روى الثقة عمن لا ينكر سماعه منه حديثاً واحداً وجب قبوله، وإن لم يروه عنه غيره، على أن قيساً قد توبع عليه، رواه عبد الرزاق عن محمد بن مسلم الطائفي عن عمرو بن دينار، أخرجه أبو داود، وتابع عبد الرزاق، أبو حذيفة، وقال الترمذي في العلل: سألت محمداً عن هذا الحديث، فقال لم يسمعه عندي عمرو من ابن عباس، قال الحاكم: قد سمع عمرو من ابن عباس عدة أحاديث، وسمع من جماعة من أصحابه، فلا ينكر أن يكون سمع منه حديثاً، وسمعه من بعض أصحابه عنه، وأما رواية عصام البلخي وغيره ممن زاد فيه بين عمرو وابن عباس طاوساً فهم ضعفاء، قال البيهقي: ورواية الثقات لا تعلل برواية الضعفاء. قاله الحافظ في التلخيص.

(١) أخرجه أحمد والترمذي وابن ماجه والبيهقي، من حديث جعفر بن محمد عن أبيه عنه، وفي آخره قال الترمذي: رواه الثوري وغيره عن جعفر عن أبيه مرسلاً، وهو أصح، وقيل: عن أبيه عن علي أخرجه الدارقطني بلفظ الباب بتمامه، وقال ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه وأبي زرعة: هو مرسل، وقال الدارقطني في العلل: كان جعفر ربما أرسله، وربما وصله، وقال الشافعي والبيهقي: عبد الوهاب وصله وهو ثقة، قال البيهقي: رواه إبراهيم ابن أبي حية عن جعفر عن أبيه عن جابر رفعه: أتاني جبرئيل، وأمرني أن أقضي باليمين مع الشاهد، وقال إن يوم الأربعاء يوم نحس مستمر، وإبراهيم ضعيف جداً، رواه ابن عدي وابن حبان في ترجمته.
(فائدة) ذكر ابن الجوزي في التحقيق عدد من رواه فزادوا عشرين صحابياً، وأصح طرقه حديث ابن عباس، ثم حديث أبي هريرة أخرجه أبو داود وحسنه الترمذي: وقد تقدم في أدب القضاء. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: يستثنى من ذلك العيب الذي يتعلق به المال فإنه يثبت بشاهد ويمين ويستثنى أيضاً الترجمة في الدعوى بالمال والشهادة به فإنه يثبت برجل وامرأتين ولا مدخل للشاهد واليمين فيها لأن ذلك ليس بمال وإنما هو إخبار عن معنى المدعى أو المشهود.

(٣) في ز: يفصل.

(٤) اخْتَلَفَ الفقهاءُ في الحكم بشاهد واحد مع يمين المدعي.
فذهب الشافعي، ومالك، وأحمد، وعمر بن عبد العزيز، والحسن، وشريح والفقهاء السبعة إلى جواز الحكم بشاهد، ويمين في الأموال خاصة. وَرُوِيَ هذا عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي=

. . . .

= رضي الله عنهم وذهب أبو حنيفة، وأصحابه، والأوزاعي، والشعبيُّ، والنخعي، وزيد بن علي، وابن شبرمة، والإمَامُ يحيى إلى عدم جواز الحكم بشاهد ويمين. وقال محمد بن الحسن من قضى بشاهد ويمين نقضت حكمه. وقال الحكم: القضاء بشاهد ويمين بدعة وأول من حكم به معاوية.

الأدلة: استدل المجوزون بما يأتي:

١ - عن سيف بن سليمان عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما -: أنَّ رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد. رواه أَحْمَدُ وأبو داود وابن ماجه. وفي رواية لأحمد إنَّمَا كان ذلك في الأموال.

٢ - عن جعفر بن محمد عن أبيه عن أمير المؤمنين علي رضي الله تعالى عنه. أن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق، وقضى به أمير المؤمنين علي بالعراق. رواه أحمد والدارقطني. وذكره الترمذي.

٣ - عن ربيعة عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة. قال قضى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم باليمين مع الشاهد الواحد. رواه ابن ماجه والترمذي. وأبو داود، قال عبد العزيز الدَّرَاوَرْدِيُّ فذكرت ذلك لسهيل. فقال أخبرني ربيعة، وهو عندي ثقة أني حدثته إِيَّاهُ ولا أحفظه. قال عبد العزيز كان أصاب سهيلاً علة أذهبت بعض عقله، ونسي بعض حديثه. فكان سهيل بعد يحدثه عن ربيعة عنه عن أبيه.

واحتج المانعون بما يأتي.

١ - بقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾. وجه الاستدلال أنَّ الآية قد انتظمت شيئين من أمر الشهود. أحدهما العدد والآخر الصفة، وهي العدالة المأخوذة من قوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾. تنافي الشركة. وحيث إنّه لم يجز إسْقَاط العدالة والاقتصار على ما دونها، لم يجز إسقاط العدد. لأن الآية مقتضية استيفاء الأمرين في تنفيذ الحكْم بها، فغَيْر جائزٍ إسقاطُ واحد منهما. وأيضاً، فلما أراد الله الاحتياط في إجازة شهادة النساء، أوجب شهادة المرأتين، وقال ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ﴾ لو أجيز الحكم بشاهد ويمين، لما كان هناك حاجة، لأن تذكر إحدى المرأتين الأخرى، إذا ما ضلت، لأن الشاهد وحده مع اليمين كاف، ثم قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ ينفي قبول الشاهد واليمين، لما فيه من الحكم بغير ما أمر الله من الاحتياط، والاستظهار، ونفي الريبة والشك، وفي قبول يمين الطالب أعظم الريب والشك وأكبر التهمة؛ وذلك خلاف مقتضى الآية.

وأيضاً، لو قبلت شهادة شاهد واحدٍ مع يمين الطالب، لكان زيادةً على ما جاء به القرآن، والزيادةُ نسخ، وأخبارُ الآحادِ لا تنسخ المتواتر.

بما روي عن ابن عباس أن النبيَّ ﷺ قضى باليمين على المُدَّعَىٰ عليه، وأخرجه الطبراني من رواية سفيان عند نافع عن ابن عمر بلفظ «البينةُ على المُدَّعي واليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» وأخرجه البيهقي من طريق عبد الله بن إدريس عن ابن جريج وعثمان بن الأسود عن أبي مُلَيْكَة قال: كنتُ قاضياً لابن الزبير على الطائف، فذكر قصة المرأتين اللتين ادعت إحداهما على الأخرى أنها جرحتها، فكتبت إلى ابن عباس، فكتب إليَّ أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لَوْ يُعْطَىٰ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لادَّعَىٰ=

. . . .

= رِجَالٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِن البَيِّنَةُ عَلَىٰ مَنْ ٱدَّعَىٰ وَاليَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ. . .» بدل قول النبيِّ ﷺ «البينةَ على من ٱدَّعَىٰ، واليمين على من أنكر على التفريق بين البينة واليمين، وغير جائز أن تكون اليمين بينة، إذ لو جاز، لكان بمنزلة قول القائل «البينة على المدعي، والبينة على المدعى عليه» وحيث إنَّ اليمين خلافُ البينة. وقد قسم النبي ﷺ بين الخَصْمَيْنِ فجعَلَ عَلَى المُدَّعِي البينة، وعلى المنكر اليمين، فلا يجوز الحكم بشاهد ويمين.
وأيضاً جعل النبي صلى الله تعالى عليه وسلم جنس البينة على المدعى، وجنس الأيمان على المنكر. وحينئذ تكون جميع أفراد البينة على المدعين، وجميع أفراد اليمين على المنكرين. فلو حلف المدعى مع الشاهد كان مخالفاً للنص.
وقول الرسول عليه الصلاة والسلام: «لَوْ أُعْطِيَ ٱلنَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ. . . الخ». يدل على بطلان القول بالشاهد واليمين. إذ إنَّ اليمين هي دعواه، لأنه مخبرها ومخبر دعواه واحد فلو استحق بيمينه كان مستحقاً بدعواه. وقد منع النبي صلى الله تعالى عليه وسلم ذلك.
٣ ـ بما روى عن عغلقمة بن حجر عن أبيه في الحضرمي الذي خاصم الكندي في أرض ٱدَّعَاهَا في يده وجحد الكندي. فقال النبي عليه الصلاة والسلام للحضرمي: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِين لَيْسَ لَكَ إِلاَّ ذَلِكَ» نفى النبي صلى الله تعالى عليه وسلم أَنْ يستحق شيئاً بغير شاهدين، وأخبر أنه لا شيء له غير ذلك.
ويرد على أدلة المجوزين ما يأتي.
١ ـ يرد على حديث ابن عباس أَنَّ سيف بن سليمان ضعيف. ثم إِنَّ الطحاوي أَعَلَّ هذا الحديث بأنه لا يعلم قيساً يحدث عن عمرو بن دينار. وقال الترمذي في العلل. سألت محمداً يعني البخاريَّ عن هذا الحديث فقال: «لم يسمعه عندي عمرو منه ابن عباس.
٢ ـ قال البَيْهَقِيُّ في حديث جعفر رَوَىٰ إبراهيم بن أبي هنيد عن جعفر عن أبيه عن جابر رفعه. أتاني جبريل وأمرني أن أقضي باليمين مع الشاهد وإبراهيم ضعيف جداً رواه ابن عدي، وابن حبان في ترجمته. وقيل: إنَّه أخطأ فيه فذكر فيه جابراً. وإِنَّمَا هو عن أبي جعفر محمد بن علي ابن النبي صلى الله عليه وسلم.
٣ ـ يرد على حديث أبي هريرة، أَنَّ سهيلاً: أنكر أنه حدث به ربيعة، ومثل هذا الحديث لا يثبت به شريعة مع إنكار من روى عنه إِيَّاهُ وفقد معرفته به. ولكن الحافظ في «الفتح» قال في هذا الحديث رجال مَدَنِيُّونَ ثقات، ولا يضر أن سهيل بن أبي صالح نسيه بعد أن حدث به ربيعة، لأنه كان بعد ذلك يرويه عن ربيعة عن نفسه.
هذا ما ورد على سند هذه الأحاديث، ثم هي بعد يحتمل أنْ يكون المعنى قضى تارة بشاهد يعني بجنسه، وتارة بيمين فلا دلالة فيها على الجمع بينهما. ولئن سلم أن هذه الأحاديث تقتضي الجمع فليس فيها ما يدل على أن اليمين هو يمين المُدَّعى. بل يجوز أن يكون المراد يمين المدعى عليه. ويحتمل أن يكون الحكم بشاهد ويمين فيمن اشترى جارية وٱدَّعَىٰ عيباً في موضع لا يجوز النظر إليه إلا لعذر، فتقبل شهادة الشاهد الواحد في وجود العيب، ويُسْتَحْلَفُ المشتري مع ذلك بالله ما رضي به، فيكون قد قضى بالرد على البائع بشهادة شاهد مع يمين الطالب، وهو المشتري ورد على أدلة المانعين ما يأتي.
١ ـ يرد على الاستدلال بالآية. أنه دلالتها على عدم جواز الحكم بشاهد ويمين إِنَّمَا هي=

. . . .

= بالمفهوم، والمانعون لا يقولون به فضلاً عن مفهوم العدد.
ويرد على قولهم أَنَّ الزيادة نسخ، وأخبار الآحاد لا تنسخ المتواتر. أن النسخ رفع الحكم ولا رفع هنا؛ لأن الذي ثبت بالأخبار حكم سكت عنه الكتاب قبيلة السنة، وأيضاً فإِنَّ الناسخ والمنسوخ لا بد أَنْ يتوارد على محل واحد، وهذا غير متحقق في الزيادة على البعض، ثم لو كانت كل زيادة نسخاً للزم على المانعين أن يبيحو الجمع بين البنت، وعمتها، لأن التحريم زيادة على النص. ﴿وأُحَلَّ لَكُمَ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُم﴾، ولكنهم لا يقولون بِإِبَاحَةِ الجمع، وحيث كان كذلك علم أنه السنة الصحيحة إِذَا أثبتت حكماً سكت عن الكتاب، وجب قبوله. وعلم أنه ليس بنسخ إِذْ ليس في السنة الصحيحة ما يخالف كتاب الله.
قال أَبْنُ الْقَيِّم في «الطرق الحكمية»: «والذي يجب على كل مسلم اعتقاده أَنَّ ليس في سنة رسول الله ﷺ الصحيحة سنة واحدة تخالف كتاب الله. بل السنن مع كتاب الله على ثلاث منازل:
المنزلة الأولى: سنة موافقة شاهدة بنفس ما شهدت به الكتب المنزلة.
المنزلة الثانية: سنة تفسر الكتاب، وتبين مراد الله منه وتقيد مطلق.
المنزلة الثالثة: سنة متضمنة لحكم سكت عنه الكتاب قبيلته بياناً مبتدأ، ولا يجوز رد واحدة من هذه الأقسام الثلاثة، وليس للسنة مع كتاب الله منزلة رابعة.
ويرد على قولهم إِذَا كان يكتفي بشهادة شاهد، ويمين المدعي ما كان هناك حاجة لأن تذكر إحدى المرأتين الأخرى. أن الحاجة إلى إذكار إحداهما الأخرى، إِنَّمَا هو فيما إِذَا شهدتا، فأما إِذَا لم تشهدا قامت مقامهما يمين الطالب ببيان السنة الثابتة.
ويرد على الاستدلال بالحديث البينة على من ادعى. أن الحكمة التي من أجلها جعلت البينة على المدعي واليمين على المنكر أن جانب المدعي ضعيف، لأن يقول خلاف الظاهر. فكلف الحجة القوية وهي البينة لأنها لا تجلب لنفسها نفعاً، ولا ترفع عنها ضرراً. فيقوى بها ضعف المدعي. وجانب المدعى عليه قوي؛ لأن الأصل فراغ ذمته فاكتفى منه باليمين، وهي حجة ضعيفة، لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويرفع عنها الضرر فكان ذلك في غاية الحكمة. فإِذَا ما شهد شاهد فقد قوى جانب المدعي فتكون اليمين من جهته. إِذْ إِنها تكون من جانب أقوى المتداعيين.
ويرد على استدلالهم بقول الرسول ـ صلى الله تعالى عليه وسلم ـ: «لَوْ أُعْطِيَ ٱلنَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ» إن لم يعط بدعواه، وَإِنَّما أعطى بالشاهد، واليمين تقوية لهذا الشاهد، ولذا لو رجع الشاهد كان الضمان كله عليه.
٣ ـ يرد على الاستدلال بحديث شاهداك أو يمينه، أن لا يَدُلُّ على عدم جواز الحكم بشاهد ويمين إِلاَّ بالمفهوم، والمانعون لا يقولون به.
الإِجَابَة عما ورد على الأدلة:
أجيب عما ورد على سند الأحاديث التي استدل بها المجوزون أَنَّهَا رويت من طرق كثيرة بعضها صحيح لا مطعن فيه ورواها نَيِّفٌ وَعِشْرُونَ صحابياً. وَخَرَّجَ مسلم رواية الشاهد واليمين. وأما كونها محتملة فقد رد على ذلك أَبْنُ ٱلْعَرَبِيِّ بقوله: «وأظرف ما وجدت لهم في رد الشاهد واليمين أمران. أحدهما أَنَّ المراد قضى بيمين المنكر مع شاهد الطالب. والمراد أَنَّ الشاهد الواحد لا يكفي في ثبوت الحق فيجب اليمين على المدعى عليه. فهذا المراد بقوله قضى بالشاهد واليمين، وتعقبه ابن العزى بأنه جهل باللغة لأن المعية تقتضي أن تكون من شيئين في جهة واحدة لا في=

. . . .

= المتضادين. ثانيهما حمله على صورة مخصوصة، وهي أنَّ رجلاً اشترى عبداً فادعى المشتري أنَّ به عيباً، وأقام شاهداً واحداً فقال البائع: بِعْتُهُ بالبراءة فيحلف المشتري أن ما اشتراه بالبراءة، ويرد العبد. وتعقبه بأنها صورة نادرة، ولا يحمل الخبر على النادر. هذا ما أجيب به عما ورد على أدلة المجوزين، ولم تجب أحد فيما نعلم عما ورد على أدلة المانعين.

وانتصار المذهب المجوزين. قال أبو عبيد أنَّ القضاء بشاهد، ويمين هو الذي يختاره اقتداء رسول الله ﷺ واقتصاصاً لأثره. وليس ذلك مخالفاً لكتاب الله عند من فهمه. والسنة مفسرة للكتاب ومترجمة عنه. وعلى هذا كثير من الأحكام التي أخذنا بها نحن، ومن خالفنا في الشاهد واليمين كقوله رسول الله ﷺ «لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ» والرجم على المحصن، والنهي عن نكاح المرأة على عمتها أو خالتها، والتحريم من الرضاع ما يحرم من النسب. وقطع الموارثة بين أهل الإسلام، والكفر، وتحريم كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير وعدم قتل الوالد بالولد. . . في شرائع كثيرة لا يوجد لفظها في ظاهر الكتاب، ولكنها سنة شرعها رسول الله ﷺ فعلى الأمة اتباعها كاتباع الكتاب، وكذلك الشاهد واليمين لما قضى رسول الله ﷺ بهما. وإِنَّمَا في الكتاب فرجل وامرأتان، فعلم أنَّ ذلك إِذَا وجدتا فإِذَا عدمتا قامت اليمين مقامهما. كما علم حين مسح النبي ﷺ على الخفين أن قوله تعالى: ﴿وَأَرْجُلَكُمْ﴾ معناه: أن تكون الأقدام بادية، وكذلك لما رجم المحصن في الزنى علم أن قوله تعالى: ﴿فَٱجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ للبكرين، وكذلك ما ذكرنا من السنن فما بال الشاهد، واليمين ترد من بينها.

وقال أبْنُ تَيْمِيَّةَ والقرآن لم يذكر الشاهدين، والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم وإِنَّما ذكر هذين النوعين من البينات في الطرق التي يحفظ بها الإنسان حقه. ثم قال: وما تحفظ به الحقوق شيء، وما يحكم به الحاكم شيء آخر. فَإِنَّ طرق الحكم أوسع من الشاهدين والرجل والمرأتين فإنَّ الحاكم يحكم بالنكول ولا ذكر له في القرآن. فإِنْ كان الحكم بشاهد ويمين مخالفاً لكتاب الله فالحكم بالنكول أشد مخالفة.

وقال الرَّبِيعُ: قال الشافعي: قال بعض الناس في اليمين مع الشاهد قولاً أسرف فيه على نفسه قال: أَرُدُّ حكم من حكم بهما، لأنه مخالف للقرآن. فقلت له: الله أمر بشاهدين، أو شاهد وأمرأتين، قال نعم. فقلت أحتم من الله ألا يجوز أقل من شاهدين؟ قال: فإنْ قلته. قلت فقله. قال قد قلته. قلت: وتجد في الشاهدين ٱللَّذَيْن أمر الله بهما حداً. قال نعم. حران مسلمان بالغان عدلان. قلت: ومن حكم بدون ما قلت، خالف حكم الله. قال: «نعم» قلت له: إنْ كان كما زعمت فقد خالفت حكم الله قال وأين؟ قلت: أجزت شهادة أهل الذِّمَّةِ وهم غير الذين شرط ٱللَّه إن تجوز شهادتهم. وأجزت شهادة القابلة وحدها على الولادة، وهذا إن وجهان أعطيت بهما من جهة الشهادة، ثم أعطيت بغير شهادة في القسامة وغيرها، قلت: والقضاء بالشاهد، واليمين ليس يخالف حكم الله، بل هو موافق لحكم الله إِذْ فرض الله طاعة رسوله فاتبعت رسول الله ﷺ سبحانه وتعالى قبلت كما قبلت عن رسوله.

وقال الشوكاني: إِنَّ جميع ما أورده المانعون من الحكم بشاهد ويمين. غير نافق في سوق المناظرة عند من له إلمام بالمعارف العلمية. وأقل نصيب من إنصاف. فالحق أن أحاديث العمل بشاهد ويمين زيادة على ما دل عليه قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُم﴾. وعلى ما دل عليه قوله ﷺ: شاهداك أو يمين. غير منافية للأصل. فقبولها متمتم، وغاية ما يقال على=

التي توجب المَالَ؛ كالخَطَأ، وشِبْهِ العَمْدِ، وكالجَوَائِفِ، وكذلك حُقُوقُ الأموال؛ كالرَّهْنِ، والأَجَلِ، والخِيَارِ على مَا تَبَيَّنَ، فيما يثبت بشهادة رَجُلٍ وامرأتين.

وإنما اخْتَصَّ القَضَايَا بالشَّاهِدِ واليَمِيْن بالأموال وحقوقها؛ لأن عَمْرَو بْنَ دِينَارٍ رَاوِي الخَبَرِ عن ابن عَبَّاسٍ - رضي الله عنهما - لما روى الخَبَرَ قال: وذلك في الأَمْوَالِ، وقول الرَّاوِي مُتَّبَعٌ في تَفْسِيرِ ما يَرْوِيهِ، وتَخْصِيصه.

وأيضاً فقد رُوِيَ عن أبي هُرَيْرَةَ - رَضِيَ الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «اسْتَشَرْتُ جِبْرِيلَ عليه السلام في الْقَضَاءِ بِالْيَمِينِ مع الشَّاهِدِ، فَأَشَارَ عَلَيَّ بِذَلِكَ في الأَمْوَالِ لاَ

= فرض التعارض. وإن كان فرضاً فاسداً أن الآية والحديث المذكورين يدلان بمفهوم العدد على عدم قبول الشاهد واليمين، والحكم بمجردهما، وهذا المفهوم المردود عند أَكْثَرِ الأصوليين لا يعارض المنطوق، وهو ما ورد في أحاديث العمل بشاهد ويمين على أن يقال العمل بشهادة المرأتين مخالف لمفهوم شاهداك أو يمين. فَإِنْ قالوا: قَدَّمْنَا على هذا المفهوم منطوق الآية الكريمة قلنا: ونحن قدمنا على ذلك المفهوم منطوق أحاديث الباب هذا على فرض أَنَّ الخصم يعمل بمفهوم العدد، فَإِنْ كان لا يعمل به، فالحجة عليه أوضح وأتم.

وبعد أن ذكرنا أدلة الطرفين وما نوقشت به. لا يسعنا إلا أن نقول أن الحكم بشاهد ويمين جائز. إذ يبعد كثيراً أن يختلق أولئك الرواة العديدون على رسول الله ﷺ بشاهد ويمين. وأيضاً فقد يحصل أن يتعامل بعض الناس ولا يحضره إلا شاهد واحد. أفي مثل هذه الصورة نقول للمدعى أنك قصرت حيث لم تستشهد شاهدين؟ ولذلك قد ضاع حقك. وذهب مالك إلى أن العدل كل العدل أن يقضي بالشاهد واليمين في مثل هذا اقتداء برسول الله.

نعم إن الزهري قال في الشاهد واليمين أن هذا بدعة. وأول من أجازه معاوية والزهري من أعلم أهل المدينة في وقته. فلو كان خبر الشاهد واليمين ثابتاً لما خفي عليه. ولكن العقل يجوز أن يخفي الخبر على الزهري مع مكانته العلمية ولا يجوز أن يخطأ نيف وعشرون صحابياً منهم الخلفاء الأربعة رضوان الله عليهم.

الحق كما يبدو لنا أن الحكم بشاهد ويمين جائز. والمصلحة داعية إلى الأخذ بهما هذا ومما نستنكره أن من الأئمة الأجلاء والعلماء الباحثين في هذا الموضوع من وجه إلى مخالفيهم الحنفية ومن وافقهم ألفاظاً تنقص من مكانتهم العلمية.

قال الإمام مالك بعد أن سرد أن الحكم بشاهد ويمين حكم به الصحابة. قال وإنه ليكفي من ذلك ما مضى من عمل السنة أترى هؤلاء تنقض أحكامهم. ويحكم ببدعتهم هذا غفال شديد ونظر غير سديد.

ويقول القرطبي رداً على المانعين وهذا كله غلط وظن لا يغنى من الحق شيئاً وليس من نفي وجهل كمن أثبت وعلم.

ويقول ابن العربي أنه جهل باللغة.

ولئن جاز في عرف البسطاء أن ينالوا من مخالفيهم. وأن ينقصوا من أقدارهم. أثناء بحثهم ونقاشهم. ما كان يجوز مطلقاً أن يحصل هذا ممن لهم منزلتهم ومكانتهم.

تَغْدُو ذَلِكَ»[١]. وإنما امْتَنَعَ القَضَاءُ بشَاهِدٍ ويَمينٍ في عُيُوبِ النِّسَاءِ، وما في معناها؛ لأنها أُمُورٌ خَطِيرَةٌ، بخلاف الأَمْوَالِ، وقَبُولُ شهادة النساء فيها، من جِهَةِ أن الرِّجَالَ لا يَطَّلِعُونَ عليها غَالِباً، وهل يجوز القَضَاءُ بِشَهَادَةِ امْرَأَتَيْنِ مع اليمين؟

أما في الأَمْوَالِ فلا، خِلاَفاً لمالك، واحتج الأَصْحَابُ بأن المُنْضَمَّ إلى اليمين، إذا شَهِدَتِ امْرَأَتَانِ، أضعف شَطْرَيِ الحُجَّةِ، فلا يقنع بانضمام الضعيف إلى الضَّعِيفِ، كما لا يُقْنَعُ بانْضِمَامِ شهادة امرأتين إلى شهادة امرأتين.

وأما فيما يَثْبُتُ بشهادة النساء وَحْدَهُنَّ، فإن أبا الفرج السَّرَخْسِيَّ حكى عن طَائِفَةٍ منهم الشيخ أبو عَلِيٍّ: أنه يَجُوزُ؛ لأن المُنْضَمَّ حينئذ، شَطْرٌ تَامٌّ لأضعف الشَّطْرَيْنِ.

وعن آخرين: المنع؛ لأنه لم يَنْضَمَّ إليها أَقْوَى الشَّطْرَيْنِ، فلم يكن في معنى المَنْصُوص. وهذا أَوْفَقُ لإطلاَقِ عامة النَّاقِلِينَ رحمهم الله.

والثاني: هل القَضَاءُ بالشَّاهِدِ، أو باليمين، أو بهما، فيه ثَلاَثَةُ أوجه:

أحدها: أنه بالشاهد؛ لأَنَّ إِثْبَاتَ الحَقِّ باليَمِينِ بَعِيدٌ، لكن يُؤَكَّدُ بها الحجة، كالحجة المُقَامَةِ على الغائب والمَيِّتِ.

والثاني: باليمين والشَّاهِدِ يقوى جَانِبَ المُدَّعِي، كاللَّوثِ في القَسَامَةِ؛ لأن الشاهد الواحد ليس بِحُجَّةٍ، واليمين حُجَّةٌ في الحُكْم، وربما اسْتَأْنَسَ صاحب هذا الوجه بِرِوَايَةِ مَنْ رَوَىٰ: أنه قَضَى بالشَّاهِدِ الوَاحِدِ مع يَمِينِ الطَّالِبِ، وجعلا ما دخل عليه كلمة «مع» شَرْطاً.

وأصحهما: أن القَضَاءَ يَقَعُ بهما جَمِيعاً، كما يقع بالشَّاهِدِ.

وفائدة الاخْتِلاَفِ تظهر فيما لو رجع الشَّاهِدُ، فعلى الأول؛ يغرم، إذا جعلنا الرُّجُوعَ سَبَباً لِلْغُرْمِ. وعلى الثاني؛ لا يُغَرَّمُ، وعلى الثَّالث؛ يُغَرَّمُ النِّصْفَ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَحْتَمِلُ عَلَى الوَجْهِ الثَّانِي أَنْ يُخَرَّجَ الغُرْمُ عَلَى الخِلاَفِ فِي أَنَّ المُزَكِّي هَلْ يَغْرَمْ؛ لِأَنَّ القَضَاءَ وَإِنْ كَانَ بِاليَمِينِ، فَقَوْلُ الشَّاهِدِ هُوَ الَّذِي نَفَّذَهُ، ويُجْزِىءُ مِثْلُ هَذَا فِي النِّصْفِ عَلَىٰ الوَجْهِ الثَّالِثِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصل الثَّالِثُ: في كيفيته:

وإنما يَحْلِفُ المُدَّعي بعد شَهَادَةِ الشَّاهِدِ، وَتَعْدِيلِهِ، فإن جَانِبَهُ إنما يَتَقَوَّىٰ حينئذ، وإنما يَحْلِفُ مَنْ قَوِيَ جَانِبُهُ، وكذلك يَحْلِفُ المُدَّعَى عليه، فإن الأصل يقوى جَانِبَهُ، ويحلف المُدَّعِي إذا نَكَلَ المُدَّعَى عَلَيْهِ؛ لأن النُّكُولَ قَوَّى جَانِبَهُ.

---

(١) أخرجه الدارقطني بإسناد ضعيف قاله الحافظ في التلخيص.

وعن ابن أبي هُرَيْرَةَ: أنه يجوز تَقْدِيمُ اليَمِينِ، كما يجوز أن تَتَقَدَّمَ شَهَادَةُ المَرْأَتَيْنِ على شَهَادَةِ الرَّجُلِ. حكاه عنه القَاضِي أبو حَامِدٍ، فيما ذكره الشيخ أبو حَامِدٍ.

وللإمام: احتمال التَّقْدِيم على تَعْدِيلِ الشَّاهِدِ، ويجب أن يَتَعَرَّضَ المُدَّعِي في اليَمِينِ بِصِدْقِ الشاهد، فيقول: وَاللَّهِ إن شَاهِدِي لَصَادِقٌ، وإني مُسْتَحِقٌّ لكذا.

قال الإمام: ولو قَدَّمَ ذِكْرَ الحَقِّ، وأَخَّرَ تَصْدِيقَ الشَّاهِدِ، فلا بَأْسَ ولم أجد أحداً يُضَايِقُ فيه، وَوَجَّهُوا اشْتِرَاطَ التَّعَرُّضِ لِصِدْقِ الشاهد؛ بأن اليمين والشهادة حُجَّتَانِ مختلفتا[١] الجنس، فاعْتُبِرَ ارْتِبَاطُ أحدهما بالآخر، ليصيرا كالنَّوْعِ الوَاحِدِ. وهذا التَّوْجِيهُ قَوِيٌّ أم ضعيف؟ إنما يَنْتَظِمُ على قول من يقول باسْتِنَادِ القَضَاءِ إليهما جَمِيعاً.

وإذا فَسَقَ الشَّاهِدُ بعد القضاء لم يُنْقَضِ الحُكْمُ، وإن فَسَقَ قَبْلَهُ صار كَأَنْ لا شَاهِدَ، فيحلف المُدَّعى عليه، فإن نَكَلَ رُدَّ اليَمِينُ على المُدَّعِي، ولم يعتد بما مَضَى، ولو لم يَحْلِفْ المُدَّعي مع شَاهِدِهِ، وطَلَبَ يَمِينَ الخَصْمِ، فله ذلك، فإن حَلَفَ سَقَطَتِ الدَّعْوَى.

قال ابن الصَّبَّاغ: وليس له أن يَحْلِفَ بعد ذلك مع شَاهِدٍ، بخلاف ما لو أقام بَيِّنَةً بعد يَمِينِ المُدَّعَى عَلَيْهِ، حيث يسمع، لأن البَيِّنَةَ قد يتعذَّرُ عليه إِقَامَتُهَا [بعُذْرٍ][٢]، واليمين إليه بعد شَهَادَةِ الشاهد الواحد فلا عُذْرَ له في الامْتِنَاع، وإن نَكَلَ المُدَّعَى عَلَيْهِ[٣]، فأراد المُدَّعِي أن يَحْلِفَ يمين الرَّدِّ، فقولان:

أصحهما: أنه يُمَكَّنُ منه، وهذه الصُّورَةُ مَذْكُورَةٌ في الكتاب؛ في «باب دَعْوَى الدَّم»، ويجريان فيما إذا ادَّعى مَالاً، ونَكَلَ المُدَّعَى عَلَيْهِ، ولم يَحْلِفِ المدعى يمين الردّ، ثم أقام شاهداً واحداً، وأراد أن يحلف معه، فإن قلنا: ليس له أن يَحْلِفَ يَمِينَ الرَّدِّ، فالمَنْقُولُ؛ أنه يحبس المُدَّعَى عَلَيْهِ حتى يَحْلِفَ، أو يقر لأن يمينه حَقُّ المُدَّعِي، فلا يتمكن من إِسْقَاطِهِ.

لكن على هذا القول التَّقْصِير منه حيث لم يَحْلِفْ مع شَاهِدِهِ، فيما ينبغي أن يحلف المُدَّعَىٰ عليه[٤].

---

(١) في ز: مختلفاً.
(٢) سقط في: ز.
(٣) قال الشيخ البلقيني: ظاهر ما نقله عن ابن الصباغ مخالفة نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في المختصر في باب الامتناع من اليمين ولفظه قال الشافعي وإن حلف المدعى عليه أو لم يحلف ونكل المدعي وأبطلنا يمينه ثم جاء بشاهدين أو بشاهد حلف مع شاهده وأخذ ماله بحقه والبينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة. انتهى.
(٤) في الروضة: فينبغي ألا يحبس المدعى عليه.

وقد ذكر صاحب «الشامل» نَحْواً من هذا[١].

وعند مَالِكٍ: إذا نَكَلَ المُدَّعَىٰ عليه، قضى عليه، ولا حَاجَةَ إلى يَمِينِ المُدَّعِي، وليس ذلك؛ لأنه يذهب[٢] إلى القَضَاءِ بالنُّكُولِ، لكنه جعل نُكُولَ المُدَّعَى عليه، مع شَاهِدِ المُدَّعِي كَنُكُولِ المُدَّعَىٰ عليه، مع يمين المُدَّعِي، واحتج الأَصْحَابُ بأنه، لو نَكَلَ المُدَّعَىٰ عليه، ولو أن المُدَعي بعدما امْتَنَعَ عن الحَلِفِ مع شَاهِدِهِ، واستحلف الخصم، أراد أن يَعُودَ، ويَحْلِفَ مع شَاهِدِهِ، حكى المَحَامِلِيُّ: أنه ليس له ذلك؛ لأن اليَمِينَ قد انْقَلَبَ من جَانِبِهِ إلى جانب صَاحِبِهِ، إلا أن يَعُودَ إلى مَجْلِسٍ آخر، فَيَسْتَأْنِفُ الدَّعْوَى، ويقيم الشَّاهِدَ، فحينئذ يَحْلِفُ معه. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوِ ادَّعَىٰ عَبْداً فِي يَدِ غَيْرِهِ أَنَّهُ كَانَ مِلْكَهُ فَأَعْتَقَهُ فَلاَ يَكْفِيهِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ لِأَنَّهُ يُثْبِتُ الْحُرِّيَّةَ دُونَ المِلْكِ، وَلَوِ ادَّعَىٰ فِي جَارِيَةٍ وَوَلَدِهَا أَنَّهَا مُسْتَوْلَدَتُهُ وَالوَلَدُ مِنْهُ وَحَلَفَ مَعَ الشَّاهِدِ الوَاحِدِ ثَبَتَ مِلْكُ المُسْتَوْلَدَة وَعُتِقَتْ عِنْدَ مَوْتِهِ بِإِقْرَارِهِ، وَلاَ يَثْبُتُ نَسَبُ الوَلَدِ وَحُرِّيَّتُهُ عَلَى أَقْيَسِ القَوْلَيْنِ إِذْ لاَ مَعْنَى لِتَبَعِيَّتِهِ فِي الحُجَّةِ وَهُوَ مُسْتَقِلٌّ، وَهَذِهِ الحُجَّةُ لاَ تَكْفِي لِلحُرِّيَّةِ وَالنَّسَبِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه صورتان، تَرْتَبِطُ إِحْدَاهُمَا بالأخرى، وتدخل فيها فَنُؤَدِّيهُمَا، على ما لهما من المُدَاخَلَةِ، والارْتِبَاطِ، ونقول: جَارِيَةٌ وولدها في يَدِ رَجُلٍ يَسْتَرِقُّهَا، فجاء مُدَّعٍ، وقال: هذه مُسْتَوْلَدَتِي، والوَلَدُ مني، عَلِقَتْ به في مِلْكِي، فإن أقَام عليه شَاهِدَيْنِ، يَثْبُتُ ما يَدَّعِيهِ. وإن أقام شَاهِداً وَاحِداً وحَلَفَ معه، أو رَجُلاً وامْرَأَتَيْنِ، يثبت الاسْتِيلاَدُ؛ لأن المُسْتَوْلَدَةَ ومَنَافِعَهَا لِلسَّيِّدِ، وسَبِيلُهَا سَبِيلُ الأموال الثابتة بالحُجَّةِ النَّاقِصَةِ، فَتُسَلَّمُ إليه، وإذا مات حُكِمَ بِعِتْقِهَا، بإقراره[٣]، وهل يُحْكَمُ له بالوَلَدِ؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ لأنا حكمنا له بالجَارِيَةِ، والوَلَدُ فَرْعُهَا، فَأَشْبَهَ ما إذا أثبت غَصْبَ الجارية، يُحْكَمُ له بالوَلَدِ الحَاصِلِ منها في يَدِ الغَاصِبِ، وأيضاً فإن الوَلَدَ في دَعْوَاهُ

---

(١) قال الشيخ البلقيني ما قاله المصنف تبعاً لأصله أنه المنقول. ذكره في الحاوي عن أبي حامد الإسفرايني وقال إنه خطأ انتهى.
وما نقله الشيخ أبو حامد هو المنقول عن القاضي أبي الطيب والقاضي الحسين وابن الصباغ والمحاملي والعمراني وما ذكره الشيخ احتمالاً فقهه ظاهر.

(٢) في ز: مذهب.

(٣) قال الشيخ البلقيني: جزم بأن المستولدة يحكم بعتقها بإقراره وقضية ثبوت الاستيلاد بإقراره وهو أحد وجهين حكاهما الماوردي والثاني أن ذلك بالشاهد واليمين ويخرج من نص الشافعي في الأم رأي ثالث أن ذلك بالمجموع.

حُرٌّ، كما في الجَارِيَةِ، وبه يَثْبُتُ الاسْتِيلاَدُ، فإذا اخْتَصَّ بالجارية على صِفَةِ أُمِّيَّةِ الولد تَعَدَّى الاخْتِصَاصُ إلى الوَلَدِ، هكذا وَجَّهُوهُ.

وعلى هذا، فَيُنْتَزَعُ الوَلَدُ، ويكون حُرّاً نِسْبِياً بإقرار المدعي.

والثاني: المنع؛ لأنه لا يَدَّعِي مِلْكَ الوَلَدِ، وإنما يَدَّعِي نَسَبَهُ، وحُرِّيَّتَهُ، وهما لا يثبتان[1] بهذه الحُجَّةِ، فعلى هذا؛ يبقى الوَلَدُ في يد صَاحِبِ اليد. وهل يثبت نَسَبُهُ بإقرار المُدَّعِي؟ فيه ما ذكرناه في الإقرار، واللقيط في اسْتِلْحَاقِ عَبْدِ الغير.

واختار المُزَنِيُّ من القولين الأَوَّلَ، واحْتَجَّ بأن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ نَصَّ فيما لو كان في يَدِ رجل عَبْدٌ بزعمه، يَسْتَرِقُّهُ، فجاء آخر، وَادَّعَىٰ أنه كان له، وأنه أَعْتَقَهُ، وصاحب اليد ظَالِمٌ باسْتِرْقَاقِهِ، وأقام عليه شَاهِداً وَاحِداً، وحَلَفَ مَعَهُ، أو رجلاً وامرأتين، أنه يُنْتَزَعُ من يَدِ صَاحِبِ اليد، ويُحْكَمُ بأنه عتيق على المُدَّعِي، بإقْرَارِهِ.

وموجب قَوْلِ المُدَّعِي ها هنا الحُرِّيَّةُ، كما أن موجب قوله هناك حُرِّيَّةُ الوَلَدِ، وكما انْتَزَعَ المُدَّعِي، وقَضَى بكونه مَوْلًى له، وجب أن يُنْتَزَعَ الولد، ويُقْضَى بكونه ابناً له.

وللأصحاب في صُورَةِ الاحْتِجَاجِ طريقان:

أحدهما: أن فيها قولين أيضاً:

أحدهما: أنه لا يُنْتَزَعُ، ولا تُقْبَلُ بَيِّنَةٌ؛ لأنه يَشْهَدُ بِمِلْكٍ مُتَقَدِّمٍ، فصار كما إذا ادَّعَى مُدَّعٍ مِلْكاً في الحَالِ، وشهد شُهُودُهُ بأنه كان مِلْكاً له من قَبْلُ. والثاني: يُنْتَزَعُ، وتُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ، لأنها مُوَافِقَةٌ للدَّعْوَى، بخلاف ما إذا ادَّعَىٰ المِلْكَ في الحَالِ، وشهد الشُّهُودُ بالمِلْكِ المتقدم، وعلى هذا فنحكم بحريته بإقراره. فمن قال بهذه الطَّرِيقَةِ، قال: أجاب الشافعي ـ رضي الله عنه ـ على أَحَدِ القولين فلا احْتِجَاجَ.

والثاني: القَطْعُ[2] بالقَبُولِ، والانْتِزَاعِ، وبه قال أبو إسْحَاقَ، وفَرَّقَ الصَّائِرُونَ إليه بين هذه الصورة، وصورة المُسْتَوْلَدَةِ، بأنَ المُدَّعِي يدعي ههنا مِلْكاً مُتَقَدِّماً في العَبْدِ، وحُجَّتُهُ تَصْلُحُ لإِثْبَاتِ المِلْكِ، وإذا ثبت المِلْكُ، تَرَتَّبَ العِتْقُ عليه بإقراره. وفي صورة الاسْتِيلاَدِ، إنما قُدِّمَتِ الحُجَّةُ على مِلْكِ الأُمِّ، لا جَرَمَ أَثْبَتْنَاهُ وَرَتَّبْنَا عليه العِتْقَ، إذا جاء وَقْتُهُ بِإقْرَارِهِ.

وأما الولد، فقضية الدَّعْوَى في الحُجَّةِ كونه حُرَّ الأَصْلِ نِسبياً، والحرية والنَّسَبُ لا يثبتان بهذه الحُجَّةِ، فلذلك افْتَرَقَا.

---

(١) في ز: ينسبان.

(٢) رجح النووي في روضته طريقة القطع وقال في الكفاية: إن الجمهور على القطع.

ولو أن المُدَّعِي في مَسْأَلَةِ الاسْتِيلاَدِ قال لصاحب اليد: اسْتَوْلَدْتَهَا في مِلْكِكَ، ثم اشْتريتها مع الولد، فعُتِقَ الوَلَدُ عَلَيَّ، وأقام عليه حُجَّةً نَاقِصَةً، فالعِتْقُ الآن تَرَتَّبَ على المِلْكِ الذي قامت به الحُجَّةُ الناقصة، فتكون على الطريقتين؛ كذلك حُكِيَ عن القَفَّالِ، هذا كلام الأصحاب على طَبَقَاتِهِمْ ـ رحمهم الله [وإيانا][1] ـ في الصورتين.

والأَشْبَهُ في مسألة الاسْتِيلاَدِ، وبه أجاب الروياني في «الحلية»، أن الوَلَدَ لا يُنْتَزَعُ، والأظهر في صورة العَبْدِ، أنه يُنْتَزَعُ، ويُحْكَمُ بأنه عتيق بإقراره، وبه أجاب صاحب «التهذيب»، والروياني، وانْحَازَ الإِمَامُ، وصاحب الكتاب، عن الأصحاب. فحكيا أن اختيار المُزَنِيِّ، أن حُرِّيَّةَ الولد لا تَثْبُتُ، ولا تُقْبَلُ هذه الحُجّة في حق الولد، وأن النَّصَّ الذي نقله في مسألة العَبْدِ، أن المدعى لا يثبت، ويقر العبد في يد المدعى عليه، وأنه رَجّح، وقال: إذا لم يَثْبُتِ العِتْقُ هناك مع أن قصر دَعْوَاهُ وحجّته ترتبه على المِلْكِ، وتَوَارُدُهُمَا على شخص واحد، فلأَنْ لا تَثْبُتَ في الولد، وهو شَخْصٌ مُسْتَقِلٌّ بقيام الحُجَّةِ على المِلْكِ في الأم، كان أَوْلَى، ثم نَقَلاَ عن الأصحاب طريقين:

أحدهما: طَرْدُ القولين في مسألة العَبْدِ.

ثانيهما: القَطْعُ بأنه لا يثبت المُدَّعِي، ولا يُنْتَزَعُ العَبْدُ، ولا يُحْكَمُ بِعِتْقِهِ؛ لأن صورة الاسْتِيلاَدِ الحُجَّةُ صَالِحَةٌ للاسْتِيلاَدِ، والاسْتِيلاَدُ يَقْتَضِي وَلَداً، وفي العتق لا مُتَشَبَّثَ تَتَعَلَّقُ بها الحُجَّةُ، وهذا كله مُحَالٌ عن وجهه فإن شئت[2] فراجع «المختصر» تتيقّن أن الأَمْرَ على ما حَكَيْنَا.

وأَعْلِمْ قوله في الكتاب: «فلا يكفيه شاهد» بالواو.

واعْلَمْ أن الأَظْهَرَ عند الأَصْحَابِ أنه يَكْفِي شاهد ويَمِينٌ، لثبوت المِلْكِ السابق، ثم يَتَرَتَّبُ عليه الحُرِّيَّةُ بإقراره.

ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله: «على أَقيَس القولين» بالواو؛ لأن أبا الفَرَجِ حَكَى طَرِيقَةً قَاطِعَةً بثبوت النَّسَبِ والحرية. وتأثير هذه الحجة في الولد، وهي غَرِيبَةٌ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فُرُوعٌ: الأَوَّلُ إِذَا حَلَفَ الوَرَثَةُ مَعَ شَاهِدٍ وَاحِدٍ عَلَى دَيْنٍ لِلْمُوَرِّثِ اَسْتَحَقُّوا، فَإِنْ حَلَفَ وَاحدٌ اَسْتَحَقَّ الحالِفُ نَصِيبَهُ دونَ النَاكِلِ، ولَيْسَ لِولدِ الناكِلِ بعد مَوْتِهِ أَنْ يَحْلِفَ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ النُّكُولِ فَلِوَلَدِهِ أَنْ يَحْلِفَ، وَفِي وُجُوبِ إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ وَجْهَانِ، وَلَوْ نَكَلَ الوَارِثُ وَلِلْمَيِّتِ غَرِيمٌ فَهَلْ يَحْلِفُ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ كَانَ فِيهِمْ غَائِبٌ

---

(١) سقط في: أ.

(٢) في ز: يثبت.

حَلَفَ إِذَا حَضَرَ مِنْ غَيْرِ إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ، وَكَذَا إِذَا بَلَغَ صَبِيٌّ، وَلَوْ كَانَ النِّزَاعُ فِي وَصِيَّةٍ لِشَخْصَيْنِ، فَإِذَا قَدِمَ الغَائِبُ فَعَلَيْهِ أَنْ يَحْلِفَ بَعْدَ إِعَادَةِ الشُّهُودِ لاَ كَالمِيرَاثِ فَإِنَّهُ كَالمُسْتَجِدِّ وَلِذَلِكَ يَخْرُجُ بِحَلِفِ أَحَدِ الوَارِثِينَ نَصِيبُ الغَائِبِ مِنْ يَدِ الخَصْمِ عَلَى أَحَدِ القَوْلَيْنِ بِخِلاَفِ شَرِيكِ الوَصِيَّةِ إِذَا أَقَامَ شَاهِدَيْنِ اسْتَوْفَى نَصِيبَ المَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يَدَعِ البُلُوغَ وَيُؤْخَذُ نَصِيبُ الغَائِبِ إِنْ كَانَ عَيْناً، وَيَكْفِي دَعْوَى الحَاضِرِ، وَإِنْ كَانَ دَيْناً فَوَجْهَانِ يَجْرِيَانِ فِي كُلِّ مَنْ أَقَرَّ لِغَائِبٍ بِدَيْنٍ أَنَّ القَاضِيَ هَلْ يَسْتَوْفِيهِ أَمْ يَتْرُكُهُ؟ وَمَا يَسْتَوْفِيهِ الحَاضِرُ مِنْ حِصَّتِهِ مِنَ الدَّيْنِ لاَ يُسَاهِمُهُ الغَائِبُ فِيهِ إِذَا رَجَعَ، وَإِنْ كَانَ عَيْناً يُسَاهِمُهُ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ شَائِعٌ بَيْنَهُما، وَأَمَّا الدَّيْنُ فَإِنَّمَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: اللَّفْظُ في أكثر النّسَخ «فُرُوعٌ» بالجَمْعِ، ولكن لم يَنصّ على الثالث وكأنه نَقَضَهُ، صورة وَقْفِ التشريك المذكورة آخراً. فإنّه جعلها في «الوسيط» مَسْأَلَةً بِرَأْسِهَا، والأخريين في هذا والفقه أنه إذا ادَّعَىٰ وَرَثَةُ مَيِّتٍ دَيْناً لمورثهم، أو عَيْناً، فإنما يُحْكَمُ على المُدَّعَى عَلَيْهِ إذا ثبت لهم ثَلاَثَةُ أَشْيَاءَ: الموت، والوِرَاثَةُ، وأصل المال[1].

والأول والثاني لا مَدْخَلَ فيهما للشَّاهِدِ واليَمِينِ، بل طريق ثُبوتهما إِقَامَةُ شَاهِدَيْنِ، وإقرار المُدَّعَىٰ عليه.

وأما المال، فللشاهد واليمين مَدْخَلٌ فيه، فإن حَضَرَ جَمِيعُ الوَرَثَةِ، وهم كَامِلُونَ، وأقاموا شَاهِداً وَاحِداً، وحَلَفُوا معه، اسْتَحَقُّوا، والمَأْخُوذُ تَرِكَةٌ يُقْضَىٰ منها[2] دُيُون المَيِّتِ، وينفذ وَصَايَاهُ، وإن امتنع جَمِيعُهُمْ. وعلى الميت دَيْنٌ، فهل لِلْغَرِيمِ أن يَحْلِفَ؟

ذكرنا في التفليس أنه على قولين:

الجديد منهما، المَنْعُ. والقولان جَارِيَانِ فيما إذا كَانَ قد أَوْصَى لإِنْسَانٍ، ولم يَحْلِفِ الوَرَثَةُ، هل يحلف الموصى له؟ فإن كانت الوَصِيَّةُ بِعَيْنٍ، وادعاها في يد الغَيْرِ، فلا ينبغي أن يكون هذا مَوْضِعَ الخِلاَفِ، بل يجوز لا مَحَالَةَ.

وإن حلف بعض الوَرَثَةِ دون بعض، وأخذ الحالف نَصِيبَهُ، والنص أنه لا يُشَارِكُهُ فيه من لم يَحْلِفْ. ونص في كتاب الصُّلْح: أنهما لو ادَّعَيَا دَاراً إِرْثاً، فصدق المُدَّعَىٰ عليه أحدهما في نَصِيبِهِ يشاركه المُكَذِّب.

فعن ابن القَاصِّ وغيره: أن بَعْضَ الأَصْحَابِ خرج فيما ذكر في الصُّلْح قَوْلاً ها هنا: أن ما أَخَذَهُ الحَالِفُ يُشَارِكُهُ فيه من لم يحلف؛ لأن الإِرْثَ يثبت على الشُّيُوعِ،

---

(١) في أ: وأهل.

(٢) في ز: فيها.

وامتنع عَامَّتُهُمْ من هذا التَّخْرِيجِ، وقَطَعُوا بأنه لا شَرِكَةَ ها هنا، كما نَصَّ عليه، ولما افْتَرَقَتِ الصُّورتَانِ، نقل الإِمَامُ فيه طريقين، عن الأَصْحَابِ.

قال قوم: لأن صُورَةَ كتاب الصُّلْحِ مُصَوَّرَةٌ في العين[1]، وأعيان التَّرِكَةِ مشتركة بين الوَرَثَةِ، والمُصَدِّقُ مُعْتَرِفٌ بأنه من التركة، والتَّصْوِيرُ ها هنا في الدين، والدَّيْنُ إنما يَتَعَيَّنُ بالتعيين، والقبض. فالذي أخذه الحَالِفُ تَعَيَّنَ لنصيبه بالقَبْضِ، فلم يشاركه الآخر[2] فيه، ومن قال بهذا قال: لو فرضت مسألة الصُّلْحِ في الدَّيْنِ، لم تثبت الشَّرِكَةُ، ولو فرض الشاهد ويمين بعض الوَرَثَةِ في العَيْنِ، تَثْبُتُ الشَّرِكَةُ.

وقال آخرون: بل السَّبَبُ ما يَثْبُتُ ههنا، يثبت بالشَّاهِدِ واليمين، فلو أثبتنا الشَّرِكَةَ، لَمَلَّكْنَا النَّاكِلَ بِيَمِينِ غَيْرِهِ، وبعيد أن يَمْتَنِعَ الإِنْسَانُ من الحَلِفِ، ونحن نملكه بِحَلِفِ غيره، مع أن اليَمِينَ لا تجرى فيها النِّيَابَةُ، وهناك ما ثبت ثَبَتَ بِإِقْرَارِ المُدَّعَى عَلَيْهِ، ثم ترتب على ما أَقَرَّ به إقرار المصدق، بأنه إِرْثٌ، وعلى هذا فلا فَرْقَ ههنا بين العَيْنِ والدَّيْنِ، ولا في صورة إقرار المدعى عليه.

وهذا الطريق الثَّاني هو الذي أَوْرَدَهُ جمهور الأصحاب، وصَحَّحَهُ الإمام، وخَالَفَهُمْ صاحب الكِتَابِ في «الوسيط» من وجهين:

أحدهما: أنه أشار إلى إِثْبَاتِ الخِلاَفِ في الصورتين، بالنَّقْلِ، والتخريج في مَسْأَلَةِ الصُّلْحِ مما نحن فيه، ولم يَتَعَرَّضُوا له.

والثاني: أنه اعتمد في طَرِيقَي الفَرْقِ على معنى العَيْنِ، والدَّيْنِ. وهل يقضى من نصيب الحَالِفِ جميع الدَّيْنِ؟ أم يقضى بالحِصَّةِ؟

قال في «الشامل»: يبنى على أن الغَرِيمَ، هل يحلف؟ إن قلنا: يحلف، لم يَلْزَمْهُ إلا قَضَاءُ حصته. وإن قلنا: لا يَحْلِفُ، فيبنى على أن من لم يَحْلِفْ من الوَرَثَةِ، هل يشارك الحَالِفُ؟ إن قلنا: نعم، فيقضى منه جميع الدَّيْنِ، لأنا أَعْطَيْنَاهُ حكم التَّرِكَةِ.

وإن قلنا: لا، [لم][3] يلزم إلى الحِصَّةِ هذا هو الكلام في نَصِيبِ الحَالِفِ.

أما من لم يحلف؛ فإن كان حَاضِراً، كَامِلَ الحال، وَنَكَلَ، ذكر الإمام: أن حَقَّهُ يَبْطُلُ بالنُّكُولِ، ولو مات، لم يكن لِوَارِثِهِ أن يَحْلِفَ.

وفي كتاب القاضي ابْنِ كَجٍّ ما ينازع فيه، وقد تَوَجَّهَ بأنه حَقُّهُ، فله تَأْخِيرُهُ. قال الإِمَامُ: ولو أراد وارثه أن يُقِيمَ شَاهِداً آخر لِيَحْلِفَ معه، لم يَتَمَكَّنْ من الحَلِفِ أيضاً.

---

(١) في أ: المعين.

(٢) في ز: الأخذ.

(٣) سقط في: أ.

لكن هل يُضَمُّ هذا الشَّاهِدُ إلى الشَّاهِدِ الأوَّل لِيُحْكَمَ له بالبَيِّنَةِ؟ فيه احْتِمَالاَنِ جَارِيَانِ، كما لو أقام مُدَّعٍ شاهداً في خُصُومَةٍ، ثم مات، فأقام وَارِثُهُ شَاهِداً آخر، يجوز أن يُقَال: له البناء عليه. ويجوز أن يُقَالَ: عليه تَجْدِيدُ الدَّعْوَىٰ، وإِقَامَةُ البَيِّنَةِ الأولى[1]، وأنه لو أقام الوَرَثَةُ شَاهِداً، وحلف معه بَعْضُهُمْ، ومات بعضهم، قبل أن يَحْلِفَ أو ينكل، كان لوارثه أن يَحْلِفَ.

لكن هل يحتاج إلى إعادة الدَّعْوَى، والشاهد؟ فيه التَّرَدُّدُ المذكور.

والأَشْبَهُ أنه لا يحتاج، وإن كان الذي يَحْلِفُ غَائِباً، أو صَبِيّاً، أو مَجْنُوناً، فقد نَصَّ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في المَجْنُونِ: أنه يُوقَفُ نَصِيبُهُ، واختلفوا في معناه.

قال أبو إِسْحَاقَ وعَامَّةُ الأصحاب: المراد؛ أنا نَمْتَنِعُ عن الحُكْمِ في نَصِيبِهِ، ونَتَوَقَّفُ إلى أن يُعْتَق، ويحلف، أو يَنْكَلُ، ولا يُؤْخَذُ نصيبه.

ومنهم من قال: أراد يؤخذ نصيبه، ويوقف. وهذا أَحَدُ قَوْلَيْهِ في أنه، هل تثبت الحَيْلُولَةُ بشاهد واحد؟ لأن الشَّاهِدَ الذي يُقِيمُهُ أَحَدُ الوَرَثَةِ مَقَامَ الكُلِّ؟ وقد يُطْلَقُ لهذا الاخْتِلاَفِ في المَسْأَلَةِ وَجهَان، أو قولان.

والصَّبِيُّ والغائب مُلْحَقَانِ بالمجنون[2]، وينبغي[3] أن يكون الحَاضِر الذي لم يشرع في الخُصُومَةِ، أو لم يشعر بالحال، كالصَّبِيِّ، والمَجْنُونِ، والغائب، في بقاء حَقِّهِ، بخلاف ما سَبَقَ في النَّاكِلِ.

وإن فَرَّعْنَا على الأَظْهَرِ، وهو أنه لا يُؤْخَذُ نصيب المَعْذُورِينَ، فإذا زَال عُذْرُهُمْ، حلفوا، وأخذوا نَصِيبَهُمْ، ولا حَاجَةَ بهم إلى إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ، بخلاف ما لو كَانَتِ الدَّعْوَى، لا عن جِهَةِ الإِرْثِ. فإن قال: أوصى لك، ولي، ولأخي الغَائِبِ [أو الصبي][4] أبوك بكذا، أو اشتريت مع أخي الغائب منك كذا، وأَقَامَ شَاهِداً، وحَلَفَ معه، فإنه إذا قدم الغَائِبُ، وبلغ الصَّبِيُّ، يَحْتَاجَانِ إلى تجديد الدَّعْوَىٰ، وإِعَادَةِ الشهادة، أو إقامة شَاهِدٍ آخر، فلا يُؤْخَذُ نصيبهما قبل ذلك؛ لأن الدَّعْوَىٰ في المِيرَاثِ عن شَخْصٍ واحد وهو المَيِّتُ، وكذلك يُقْضَىٰ دَيْنُهُ [من][5] المأخوذ، وفي غير المِيرَاثِ الدَّعْوَىٰ وألحق لِأَشْخَاصٍ، فليس لأحد أن يَدَّعِيَ، ويُقِيمَ البَيِّنَةَ عن غيره، من غير إِذْنٍ، ولا ولاية.

---

(١) مقتضى كلام الماوردي الجزم بالأول ويشهد له الترجيح في المسألة التي بعدها.

(٢) ومقتضاه أن الصبي والغائب يلحقان به ولكن ابن الصباغ نقل النص في الصبي والمجنون وكذا حكاه ابن المنذر في الأشراف عن الشافعي.

(٣) في ز: ويبغي.

(٤) سقط في: أ.

(٥) سقط في: ز.

وما ذكرنا في أن المِيرَاثَ، أنه لا حَاجَةَ إلى إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ، مفروض فيما إذا لم يَتَغَيَّرْ حَالُ الشَّاهِدِ، فإن تَغَيَّرَ قال الشَّيْخُ أبو الفَرَجِ: فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: وبه قال القَفَّالُ: لا يَقْدَحُ، وللصَّبِيِّ والمَجْنُونِ والغَائِبِ إذا زال عُذْرُهُمْ، أن يحلفوا؛ لأنه قد اتَّصَلَ الحُكْمُ بِشَهَادَتِهِ، فلا أَثَرَ للتغيير بعده.

وثانيهما: وهو اختيار الشَّيْخ أبي عَلِيٍّ: أنهم لا يَحْلِفُونَ؛ لأن الحكم اتَّصَلَ بِشَهَادَتِهِ في حَقِّ الحالف دون غَيْرِه[١]. ولهذا لو رجع، لم يكن لهم أن يَحْلِفُوا.

ولو مات الغائِبُ، أو الصَّبِيُّ، فلوارثه أن يَحْلِفَ، ويأخذ حِصَّتَهُ. فإن كان وارثه الحَالِفَ لم تُحْسَبْ يَمِينُهُ الأُولَىٰ، وبهذا يَتَأَكَّدُ أخذ الاحتمالين المذكورين، فيمن مَاتَ قبل أن يَحْلِفَ وينكل.

ولو ادَّعَى إِنْسَانٌ على وَرَثَةِ رجل: أن مورثكم أَوْصَى لي ولأخي، أو لأجنبي بكذا، وأقام شَاهِداً، وحَلَفَ معه، فأخذ نَصِيباً لا يُشَارِكُهُ الآخر فيه، بلا خلاف، لكن سَبَقَ في الصُّلْحِ؛ أنه لو قال رجلان: اشْتَرَيْنَا منك معاً كذا، وصدق أحدهما دون الآخر، يكون الحُكْمُ كما في الإِرْثِ، في أظهر الوجهين.

فعلى ذلك الوَجهِ، إذا قال: أَوْصَى لنا معاً بكذا، ينبغي أن يَعُودَ فيه، ما في دَعْوَى الإِرْثِ، ثم ذكر الشيخ أبو الفَرَجِ: أن من يَحْلِفُ من الوَرَثَةِ على دَيْنٍ، أو عَيْنٍ للمورث، يحلف على الجميع، لا على حِصَّتِهِ، سواء حلف كلهم، أو بعضهم، دون بعض.

وكذا الغَرِيمُ والموصى له، إذا قلنا: إنهما يَحْلِفَانِ، وفي كَلاَمِ غَيْرِهِ ما يُشْعِرُ بخلافه، ويُؤَيِّدُهُ قولنا: إن من لم يَحْلِفْ، لا يُشَارِكُ الحالف، فإذا خَصَّصْنَا المأخوذ به، ولم نُعْطِهِ حكم التَّرِكَةِ، فأشبه ما إذا ادَّعَىٰ قَدْرَ حِصَّتِهِ، ولم يَتَعَرَّضْ لِلإِرْثِ. وجميع ما ذكرنا فيما إذا أَقَامَ بَعْضُ الوَرَثَةِ شَاهِداً وحَلَفَ معه.

وأما إذا أَقَامَ بَعْضُهُمْ شَاهِدَيْنِ، فيثبت المُدَّعى.

فإذا حضر الغَائِبُ من الوَرَثَةِ، أو بلغ صَبِيُّهُمْ، أو أفاق مَجْنُونُهُمْ، أخذ نصيبه، ولا حَاجَةَ إلى تَجَدُّدِ دَعْوى، وإقامة بَيِّنَةٍ، وانْتَزَعَ القاضي بعد تَمَام البَيِّنَةِ نَصِيبَ الصبي، والمَجْنُونِ، دَيْناً كان المُدَّعَىٰ أو عَيْناً. ثم يأمر بالتَّصَرُّفِ فيه بالغِبْطَةِ؛ كيلا يَضِيعَ عَيْنُ مَالِهِ [وأما نَصِيبُ الغائب، فإن كان عَيْناً انْتَزَعَهَا][٢].

---

(١) لم يرجح المصنف شيئاً من الوجهين.
قال في الخادم: الراجح الثاني وهو قياس ما ذكره في باب الشهادة على الشهادة.

(٢) سقط في: أ.

وقال أبو حَنِيفَةَ: إن كان المَشْهُودُ به، مما لا يُنْقَلُ لم ينتزع نصيب الغائب، ممن في يَدِهِ، [ثم][1] الذي يُشْعِرُ به إِيرَادُ النَّاقِلِينَ، أن هذا الانْتِزَاعَ وَاجِبٌ عليه، وهو الظَّاهِرُ. لكن ذكرنا في باب الوَدِيعَةِ: أن الغَاصِبَ، لو حمل المَغْصُوبَ إلى القاضي، والمَالِكُ غَائِبٌ، ففي وجوب قَبُولِهِ وَجْهَانِ: فيجوز أن يعود ذلك الخِلاَفُ ها هنا، وإن قامت البَيِّنَةُ، وإن كان المُدَّعَىٰ دَيْناً، ففي انْتِزَاعِ نَصِيبِ الغائب وَجْهَانِ جَارِيَانِ، فيمن أقر لغائب بِدَيْنٍ، وحمله إلى القاضي، هل على القَاضي أن يَسْتَوْفِيَهُ؟

وهذه الصورة قد سَبَقَتْ في الوَدِيعَةِ، وبَيَّنَّا أن أَظْهَرَ الوَجْهَيْنِ فيهما عَدَمُ الوجوب، وكذلك ذكره القَاضِي ابْنُ كَجٍّ فيما نحن فيه، وحكاه عن النَّصِّ.

واعلم أنه قد سبق في كتاب الشَّرِكَةِ، أن أَحَدَ الوَارِثِينَ لا ينفرد بِقَبْضِ شَيْءٍ من دَيْنِ التركة، ولو قبض، شَارَكَهُ الآخَرُ فيه.

وها هنا قالوا: يأخذ الحَاضِرُ حِصَّتَهُ، كأنهم جَعَلُوا غَيْبَةَ الشريك عذراً ومَكَّنُوا الحَاضِرَ من الانفراد حينئذ، ولو ادَّعى على رجل؛ أن أباه أَوْصَى له ولفلان بكذا، وأقام عليه شَاهِدَيْنِ، وفلان غائب، أو صَبِيٌّ، لم يُؤْخَذْ نصيب فلان بِحَالٍ، وإذا حضر أو بلغ، فعليه إِعَادَةُ الدَّعْوَى، والبَيِّنَةِ، لما ذكرنا أن الدعوى في الإِرْثِ عن شخص وَاحِدٍ.

وأما لفظ الكتاب فقوله: «وفي وجوب إعادة الشهادة وجهان»؛ هما الاحتمالان المنقولان عن كلام الإمام أقامهما وجهين.

وقوله: «وإن كان النِّزَاعُ في وَصِيَّتِهِ لِشَخْصَيْنِ»؛ أي: ادعى على وَرَثَةِ مَيِّتٍ؛ أن مورثهم أَوْصَىٰ له، ولفلان الغَائِبِ.

وقوله: «وما يَسْتَوْفِيهِ الحَاضِرُ من حِصَّتِهِ من الدَّيْنِ لا يُسَاهِمُهُ الغَائِبُ فيه إذا رجع؛ وإن كان عيناً، مساهمة. . .» إلى آخره. ذكره بعد صورة إِقَامَةِ الشَّاهِدَيْنِ، لكنه أراد ما إذا أَقَامَ الحَاضِرُ شَاهِداً واحداً، وحَلَفَ معه، على ما هو مُبَيَّنٌ في ترتيب «الوسيط». والذي أجاب به هو مَا رَجَّحَهُ في «الوسيط»[2] كما أَسْلَفْنَاهُ.

وأَعْلِم قوله: «لم يساهمه» ـ وقوله: «ساهمه» بالواو، للخلاف الذي سَبَقَ. والظاهر عند الأَصْحَابِ في العَيْنِ، أنه لا يُسَاهِمُهُ، بخلاف ما أَوْرَدَهُ. وأما في صورة إِقَامَةِ الشَّاهِدَيْنِ، فإن كان المدعى عَيْناً، فقد ذكرنا: أنه يُنْزَعُ نَصِيبُ الغائب، وإذا رجع وهو طَالِبٌ، أخذه. ولا معنى لمُسَاهَمَتِهِ للحاضر في نَصِيبه، وإن كان دَيْناً، وقلنا: إنه يُؤْخَذُ نصيبه فكذلك. وإن قلنا: لا يُؤْخَذُ، فينبغي أن يَأْخُذَهُ من المُدَّعَىٰ عليه، ولا يُسَاهِمُ الحاضر فيما أخذه لنفسه.

---

(١) سقط في: أ.
(٢) سقط في: أ.

فرع:

لو كان للغائب من الوَرَثَةِ وَكِيلٌ، وقد أقام الحاضر البَيِّنَةَ ذكر الشَّيْخُ أبو عَاصِم: أن الوكيل هو الذي يَقْبِضُ نَصِيب الغَائِبِ، دون القاضي، وإن لم يكن، فالقاضي يَقْبِضُ، ويؤجر كيلا يُفَوِّتَ المنافع والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّانِي) لَوِ ادَّعَيَا أَنَّ أَبَاهُمَا وَقَفَ عَلَيْهِمَا ضَيْعَةً وَقْفَ تَرْتِيبٍ ثَبَتَ الوَقْفُ بِيَمِينٍ وَشَاهِدٍ، فَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا لَمْ يَسْتَحِقَّ نَصِيبَهُ وَاسْتَحَقَّ الآخَرُ، فَأَمَّا إِذَا مَاتَا فَنَصِيبُ الحَالِفِ لاَ يَسْتَحِقُّهُ البَطْنُ الثَّانِي بِغَيْرِ يَمِينٍ تَفْرِيعاً عَلَى أَصَحِّ القَوْلَيْنِ وَهُوَ أَنَّ البَطْنَ الثَّانِيَ يَأْخُذُ الحَقَّ مِنَ الوَاقِفِ لاَ مِنَ البَطْنِ الأَوَّلِ، ونَصِيبُ النَّاكِلِ يَثْبُتُ لِلبَطْنِ الثَّانِي أَيْضاً إِذَا حَلَفُوا، وَإِذَا نَكَلُوا جَمِيعاً حَلَفَ البَطْنُ الثَّانِي إِذَا مَاتُوا، وَإِنْ حَلَفُوا أَخَذَ البَطْنُ الثَّانِي بِاليَمِينِ، وَلَوْ مَاتَ الحَالِفُ وَحْدَهُ صُرِفَ نَصِيبُهُ إِلَى النَّاكِلِ فِي وَجْهٍ، وَإِلَى وَلَدِ الحَالِفِ فِي وَجْهٍ، وَيُحْكَمُ بِأَنَّهُ تَعَذَّرَ مَصْرِفُهُ فِي وَجْهٍ، وَيَبْطُلُ الوَقْفُ فِيهِ أَوْ يُصْرَفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هل يثبت الوَقْفُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ؟

إن قلنا: إن المِلْكَ فيه لِلْوَاقِفِ، أو المَوْقُوفِ عليه، فنعم.

وإن قلنا: لله تَعَالَى ـ فوجهان، أو قَوْلاَنِ:

أحدهما: وبه قال المُزَنِيُّ وأبو إِسْحَاقَ: لا، كالعِتْقِ.

والثاني: وبه قال ابن سُرَيْج، وأبو الطيب بن سَلَمَةَ، نعم؛ لأن المَقْصُودَ منه اسْتِحْقَاقُ المَنَافِعِ، والفَوَائِدِ، فأشبه [استئجار][1] بَدَنِ الحُرِّ، وليس كالعتق؛ لأن المَقْصُودَ هناك تَكْمِيلُ الأَحْكَام، وإِثْبَاتِ الوِلاَيَاتِ، ولأن الوَقْفَ لا يَنْفَكُّ عن أحكام المِلْكِ، ألا ترى أنه إذا أَتْلَفَ وجبت قِيمَتُهُ بخلاف العِتْقِ؟ والعِرَاقِيُّونَ يَمِيلُونَ إلى تَرْجِيحِ الأول، ويَنْسِبُونَهُ إلى عَامَّةِ الأصحاب، لكن الثَّانِي أقوى في المعنى، وهو المَنْصُوصُ عليه للشَّافِعِيِّ ـ رضي الله عنه ـ.

والأصح عند الإِمَامِ، وصاحب «التهذيب»، وغيرهما، والمذكور في الكتاب[2].

---

(١) سقط في: ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني: محل ما ذكر فيما إذا لم يكن المقصود إلاّ ثبوت الوقف فإن كان المقصود ثبوت الملك كما إذا نازع منازع الواقف ،ادعى أنه ملك له وأنه وقفه فأقام شاهداً وحلف معه ثبت الملك وثبت الوقف بإقراره.

ولو ادَّعَىٰ وَرَثَةُ مَيِّتٍ على رجل؛ أنه غَصَبَ هذه الدَّارَ، وقالوا: كانت لِأَبِينَا، وَقَفَهَا علينا، وعلى فلان، فَدَعْوَى الغَصْبِ، تَثْبُتُ بِشَاهِدٍ ويمين، [وتثبت أيضاً بهما ـ إن أَثْبَتَا ـ الوَقْفَ، بشاهد ويمين،][1] وإلا، فيثبت بإقرار الوَرَثَةِ، كما ذكرنا، فيما إذا ادعى على رَجُلٍ أن هذا الذي يَسْتَرِقُّهُ كان عبدي، غَصَبَهُ بعدما أَعْتَقْتُهُ، أو أن هذه الجَارِيَةَ أُمُّ ولدي، إذا عُرِفَ ذلك، فلو ادَّعَىٰ ثَلاثَةُ بَنِينَ من وَرَثَةِ مَيِّتٍ؛ أن أَبَاهُمْ وَقَفَ عليهم هذه الدَّارَ، وأنكر سَائِرُ الوَرَثَةِ، وأقاموا شَاهِداً وَاحِداً، لِيَضُمُّوا إليه اليَمِينَ، تَفْرِيعاً على ثُبُوتِ الوَقْفِ بالشاهد واليمين، فالوَقْفُ المُدَّعَىٰ يُصَوَّرُ على وجهين:

أحدهما: أن يَدَّعُوا وَقْفَ التَّرْتِيبِ؛ فيقولوا: وَقَفَ علينا، وبعدنا على أولادنا، أو على الفُقَرَاءِ، فلهم بعد إِقَامَةِ الشَّهَادَةِ، أَحْوَالٌ ثلاث؛ لأنهم إما أن يَحْلِفُوا جميعاً، أو يَنْكُلُوا، أو يَحْلِفَ بعضهم، وَيَنْكُلَ بَعْضٌ.

الحالة الأولى: أن يحلفوا جَمِيعاً؛ فيثبت لهم الوَقْفُ، ولا حَقَّ لِسَائِرِ الوَرَثَةِ في الدَّارِ.

ثم إذا انْقَرَضَ المُدَّعُونَ؛ إما معاً، أو على التَّعَاقُبِ، فالبَطْنُ الثاني يأخذون الدَّارَ وَقْفاً بغير يَمِينٍ، أم يَأْخُذُونَهَا باليمين؟ فيه وجهان، ويُقَالُ: قولان: وهما على ما ذكر القَفَّالُ، وطرائف الأَصْحَابِ، ينبنيان[2] على أن البَطْنَ الثاني يأخذون الحَقَّ من البَطْنِ الأول، [أو من الواقف، إن قلنا: من البَطْنِ الأَوَّلِ][3]، فلا حَاجَةَ إلى اليَمِينِ، كما إذا أثبت للوارث مِلْكاً بالشَّاهِدِ واليمين، ثم مات، يأخذه وَارِثُهُ بغير يمين؟

وإن قلنا: من الواقف، لم يَأْخُذُوا إلا باليَمِينِ، كالبَطْنِ الأَوَّلِ. وبه قال ابن سُرَيْجٍ، وقضية هذا البِنَاءِ. أن يكون الأَصَحّ، أنهم يَأْخُذُونَ باليَمِينِ؛ لأن الأَصَحَّ، أنهم يَتَلَقَّوْنَ من الواقف. وسنذكر فيما بعد هذا الفَصْلِ ما يُؤَيِّدُهُ، لكن الشيخ أبا حَامِدٍ، وطَبَقَتَهُ، [والقاضيين أبا][4] الطَّيِّب، والروياني ـ وغيرهم ـ رحمهم الله ـ اسْتِغْنَاؤُهُمْ عن اليَمِينِ، وهو ظَاهِر نَصِّهِ في «المختصر»، وبه قال أبو إسْحَاقَ، وجُهُوهُ، بأنه قد يثبت كَوْنُهُ وَقْفاً؛ بِحُجَّةٍ يثبت بها الوَقْفُ، فَيُدَامُ، كما لو ثبت بالشَّاهِدَيْنِ، وبه حق يثبت لمستحق، فلا يفتقر المُسْتَحِقُّ بَعْدَه، إلى اليَمِينِ، كما لو كان المُدَّعَىٰ مِلْكاً، وبأن البَطْنَ الثاني، وإن كانوا يَأْخُذُونَ عن الواقف خلفاً عن المستحقين، أَوَّلاً، فلا يَحْتَاجُونَ إلى اليمين، كما إذا أَثْبَتَ الوَارِثُ مِلْكاً للميت بشاهد، ويمين، وللميت غَرِيمٌ، فإن له أن يَأْخُذَهُ من غير يَمِينٍ، فإذا انتهى الاسْتِحْقَاقُ إلى البَطْنِ الثالث، والرابع، عاد هذا الخِلاَفُ.

---

(١) سقط في: أ.
(٢) في ز: مبنيات.
(٣) سقط في: أ.
(٤) في ز: والقضيان أبو.

فإن قلنا: يَأْخُذُونَ باليَمِينِ، فلو كان الاسْتِحْقَاقُ بعد الثلاثة المُدَّعِينَ، للمساكين، أو الفُقَرَاءِ، يُنْظَرُ، إن كانوا مَحْصُورِينَ [كفقراء قَرْيَةٍ، أو مَحِلَّةٍ، فكذلك الجواب. وإن لم يكونوا مَحْصُورِين][١]، فيبطل الوَقْفُ، وتعود الدَّارُ إرْثاً، أو يصرف إليهم بغير يَمِينٍ.

فيه وجهان.

وعن «المجرد»، للقاضي أبي الطَّيِّبِ؛ أنه يُصْرَفُ إلى أَقْرَبِ النَّاسِ، إلى الواقف، بناء على أنه تَعَذَّرَ مَصْرِفُهُ، كالوَقْفِ الذي يَقَعُ فيه انْقِطَاعٌ، وفيه اخْتِلاَفٌ مذكور في الوَقْفِ[٢]. فلو مات أحد الحَالِفِينَ، فيصرف نَصِيبُهُ إلى الآخرين، فإن مات ثَانٍ، صُرِفَ الكُلُّ إلى الثَّالِثِ؛ لأن اسْتِحْقَاقَ البَطْنِ الثاني بعد انْقِرَاضِ الأولين، وأخذ الآخرين يكون بيمين، أو بغير يمين.

إن أَغْنَيْنَا البَطْنَ الثاني عن اليَمِينِ، فهما أَوْلَى، وإن أَحْوَجْنَاهُمْ إليها، فوجهان: في أحدهما ـ يحلفان لانْتِقَالِ الحَقِّ إليهما من غيرهما، وفي أظهرهما ـ لا يَحْلِفَانِ؛ لأنهما قد حَلَفَا مَرَّةً، وصارا من أَهْلِ الوَقْفِ، فَيَسْتَحِقَّانِ بحسب شَرْطِ الوَاقِفِ تَارَةً أقل، وتارة أكثر.

الحالة الثانية: إذا نَكَلُوا جميعاً عن اليَمِينِ مع الشَّاهِدِ، فالدار تَرِكَةٌ، تقضى منها الدُّيُونُ، والوَصَايَا، ويُقَسَّمُ الباقي على الوَرَثَةِ، ويكون حِصَّةُ المدعين وَقْفاً، بإقرارهم، وحِصَّةُ سَائِرِ الوَرَثَةِ طلقاً لهم، فإذا ماتوا، فالذي ذكره القاضي ابْنُ كَجٍّ، والإمام، وصاحب «التهذيب»، في كتبهم: أنه لا تُصْرَفُ إلى أولادِهِم بغير يَمِينٍ، يعنون على سبيل الوَقْفِ، ولا يكون إقرار الأوّلين [لأنها لهم][٣].

وفي «الشامل»، وأمالي أبي الفَرَجِ: أن حِصَّتَهُمْ تكون وَقْفاً على أولادهم، حَسَبَ ما أَقَرُّوا به. ولا حَاجَةَ بهم إلى اليَمِينِ. ويمكن أن يكون هذا الاخْتِلاَفُ مَبْنِيّاً على؛ أن البَطْنَ الثَّانِي يأخذون من الوَاقِفِ، أو من البَطْنِ الأول، فإن أَرَادَ الأَوْلاَدُ أن يَحْلِفُوا، ويأخذوا جَمِيعَ الدَّارِ وَقْفاً، فهل لهم ذلك؟ فيه قولان:

سواء قلنا: إنه لو لم يَحْلِفُوا ألا يكون شَيْءٌ منها وَقْفاً أو قلنا: إن حصة الأولين تبقى وقفاً وإن لم يحلفوا، واختلفوا في مَحَلِّ هذين القَوْلَيْنِ. فمن قائل: هما مُتَأَصِّلاَنِ. غير مبنيين على شَيْءٍ، يُوَجَّهُ أحدهما بأن البَطْنَ الثَّانِي تبع[٤] الأول، وإذا لم يَحْلِفُوا، لم يحلفوا.

---

(١) سقط في: أ.

(٢) قال النووي: الأصح يأخذون بلا يمين وتسقط هنا لتعذرها ولا يبطل الوقف بعد صحته ووجود المصرف بخلاف المنقطع.

(٣) في ز: لأن ما عليهم.

(٤) في أ: يمنع.

والثاني: وهو الأَصَحُّ؛ فإنهم أصحاب حَقٍّ، كالأولين، فإن أَبْطَلَ الأَوَّلُونَ حَقَّهُمْ بالنُّكُولِ، فلهم ألا يبطلوا حقوقهم.

ومن ذاهب إلى أنهما مَبْنِيَّانِ على أَصْلٍ، واختلف هؤلاء على طريقتين:

أظهرهما: بِنَاؤُهُمَا على أن البَطْنَ الثاني يَتَلَقَّوْنَ من البَطْنِ الأول، أم من الواقف؟

فإن قلنا: من البَطْنِ الأول، لم يَحْلِفُوا، وإلا حلفوا.

والثاني: بِنَاؤُهُمَا على أن الوَقْفَ المُنْقَطِعَ الابتداء متصل[1]، أم لا؟ إن قلنا: لا، حَلَفَ البَطْنُ الثاني، ولم يَضُرَّ انْقِطَاعُ أَوَّلِهِ بِنُكُولِ الأولين، وإن قلنا: يَبْطُلُ، لم يَحْلِفُوا، ثم حكى القاضي ابن كَجٍّ، والشيخ أبو حَامِدٍ خلافاً في أن القولين، هل يَجْرِيَانِ في حياة الأَوَّلين إذا نَكَلُوا؟ فمن الأصحاب من أَجْرَاهُمَا؛ لِبُطْلاَنِ حَقِّهِمْ، وتَعَذُّرِ الصَّرْفِ إليهم، بنُكُولِهِمْ، كما لو ماتوا.

ومنهم من خَصَّصَ القولين فيما بعد مَوْتِ الأولين؛ لأن اسْتِحْقَاقَ البَطْنِ الثاني [مشروط][2] بانْقِرَاضِهِمْ. وإليه مَالَ الشَّيْخُ أبو حَامِدٍ.

الحالة الثالثة: إذا حلف بَعْضُهُمْ دون بعض.

فإذا حلف وَاحِدٌ ونَكَلَ اثْنَانِ، فيأخذ الحَالِفُ الثُّلُثَ وَقْفاً، وأمَّا الباقي فهو تَرِكَةٌ؛ تُقْضَىٰ منها الدُّيُونُ، والوَصَايَا، فما فضل؛ ففي «الشامل»: أنه يقسم بين جميع الوَرَثَةِ، فما يَخُصُّ البَنِينَ الثَّلاَثَةَ يكون وَقْفاً على النَّاكِلِينَ؛ لأن الحالف يعترف لهم بذلك.

والذي ذكره المُحَامِلِيُّ، وصاحب «التهذيب» وغيرهما: أنه يُقَسَّمُ الفَاضِلُ بين المنكرين من الوَرَثَةِ، والذين نَكَلُوا دون الحالف؛ لأنه مُقِرٌّ بانْحِصَارِ حَقِّهِ فيما أخذه؛ وأن البَاقِي لإِخْوَتِهِ وَقْفاً، ثم حِصَّةُ الناكلَيْنِ تكون وَقْفاً بِإِقْرَارِهِمَا. وإذا مات النَّاكِلاَنِ، والحالف حَيٌّ، فَنَصِيبُهُمَا للحالف، على ما شَرَطَ الواقف بإقرارهم [و][3] في حَاجَتِهِ إلى اليَمِينِ، ما سبق من الوجهين.

فإذا مات الحَالِفُ، فالاسْتِحْقَاقُ للبطن الثَّانِي. وفي حلفهم الخِلاَفُ الذي مَرَّ، وإن كان الحَالِفُ مَيِّتاً عند مَوْتِ النَّاكِلِينَ، فأراد أولادهما أن يَحْلِفُوا، فعلى القولين المَذْكُورَيْنِ في أَوْلاَدِ الجميع إذا نَكَلُوا الأَصَحُّ ـ أن لهم الحَلِفَ، وما حكم نصيب الحَالِفِ المَيِّتِ قبلهما؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنه يُصْرَفُ إلى الناكلين قَضِيَّةً لِلْوَقْفِ، وعلى هذا ففي حَلِفِهِمَا الخِلاَفُ

---

(١) في ز: يتصل.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

الذي مَضَىٰ، فإن قلنا: يَحْلِفَانِ، فَنَكَلاَ، سقط هذا الوَجهُ.

والثاني: أنه يُصْرَفُ إلى البَطْنِ الثاني؛ لأنهما لما نَكَلاَ، أبطلا حَقَّهُمَا وصارا كالمَعْدُومين. وإذا عُدِمَ البَطْنُ الأول، كان الاسْتِحْقَاقُ للثاني، والثالث. أن هذا وَقْفٌ، تَعَذَّرَ مَصْرِفُهُ؛ لأنه لا يمكن الصَّرْفُ إلى الآخرين لِنُكُولِهِمَا، ولا إلى البَطْنِ الثاني؛ لأن شَرْطَ اسْتِحْقَاقِهِمْ انْقِرَاضُ الأولين.

وإذا تَعَذَّرَ مَصْرِفُ الوَقْفِ، فيبطل، أو يبقى، وإذا بقي، فَيُصْرَفُ إلى أَقْرَبِ الناس إلى الواقف، أم كيف الحال؟ فيه خلاف مَذْكُورٌ بتوجيهه[1]، وتفريعه في الوَقْفِ.

والأَصَحُّ أنه يبقى وَقْفاً، ويصرف إلى أَقْرَبِ النَّاسِ إلى الواقف، وعلى هذا فإذا زَالَ التَّعَذُّرُ، بأن مات النَّاكِلاَنِ، فَيُصْرَفُ إلى البطن الثاني.

قال الإمام: ويجيء في حَلِفِ أَقْرَبِ النَّاسِ، إذا قلنا: إنه يُصْرَفُ إليهم، الخلاف، وأَبْعَدُ الأوجه الثلاثة في المَسْأَلَةِ عنده، الصَّرْفُ إلى البَطْنِ الثَّانِي، وهو أَصَحُّهُمَا عند الأكثرين، ونَقَلُوهُ عن إِشَارَةِ نَصِّهِ في «الأم» ـ والله أعلم.

وأما لَفْظُ الكتاب، فإنه صور فيما إذا ادَّعَىٰ الوَقْفَ اثنان، والغَرَضُ لا يختلف، لكنه لم يَفِ بموجب التَّصْوِيرِ، بل قال [بعد ذلك: إذا نكلوا ثم قال][2] وإن حلفوا، لم يبن ولْيُعَلَّمْ قوله: «ثبت الوَقْفُ بشاهد ويَمِينٍ». بالواو، لما سَبَقَ.

وقوله: فيما إذا حلف أحدهما، ونَكَلَ الآخر: «فإذا ماتا، فَنَصِيبُ الحَالِفِ، لا يَسْتَحِقُّهُ البَطْنُ الثاني بغير يَمِينٍ، تَفْرِيعاً على أَصَحِّ القولين، إلى آخر جَوَابِ مَنْ يقول: إنهم إذا حَلَفُوا جميعاً، يحتاج البَطْنُ الثَّانِي إلى اليَمِينِ، وهو الرَّاجِحُ عند من [بنى][3] الخِلاَفَ في أَنَّ البَطْنَ الثاني عمن يَتَلَقَّوْنَ الوَقْفَ، كما فعله صاحب الكتاب.

وقد ذكرنا: أن مِنْهُمْ مَنْ لا يبني الخِلاَفَ على ذلك الخلاف، ويُرَجّح اسْتِغْنَاؤُهُمْ عن اليمين. وقوله: «ونصيب النَّاكِلِ يثبت للبطن الثَّانِي أيضاً إذا حلفوا»، يجوز إعْلاَمُهُ بالواو، لما بَيَّنَّا أنه على الخلاف المذكور، فيما إذا نَكَلَ البَطْنُ الأَوَّلُ جميعاً، هل يحلف البَطْنُ الثاني بعد موتهم؟ وكذا قوله: «فيما إذا نَكَلُوا جميعاً حلف البطن الثاني».

وكذا قوله: «باليمين فيما إذا حلفوا جميعاً الخلاف في أنهم هل يَحْتَاجُونَ إلى اليَمِينِ؟ وقوله: «ولو مات الحالف وَحْدَهُ» يعني في الصورة التي ابتدأ بِذِكْرِهَا؛ وهي أن يَحْلِفَ أَحَدُهُمَا، وَيَنْكُلَ الآخر.

---

(١) في ز: من جهة.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: يبنى.

وقوله: «وإلى ولد الحَالِفِ في وجه» ظاهِرُهُ يَقْتَضِي تَخْصِيصَ وَلَدِ الحَالِفِ به، ولا مَعْنَى للتخصيص؛ لأنا على هذا الوَجْهِ نُلْحِقُ النَّاكِلَ بالمَعْدُومِ، فليثبت الاستحقاق لجميع البَطْنِ الثاني.

وقد صَرَّحَ الإِمَامُ بهذا، فَقَالَ: لا فَرْقَ على هذا الوَجْهِ بين وَلَدِ الحَالِفِ، وولد النَّاكِلِ في الاسْتِحْقَاقِ.

واعلم أن قوله في أول الفَرْعِ: «لو[1] ادعيا أن أَبَاهُمَا وَقَفَ عليهما. . .» إلى آخره، وإن كان مُطْلقاً في دَعْوَىٰ الابْنَيْنِ، ولكن المُرَادَ [ما] إذا كان مَعَهُمَا وَارِثٌ آخَرُ، وأنكر. وأما إذا كانا جَائِزَيْنِ، فيكفي تَصَادُقُهُمَا لِثُبُوتِ الوَقْفِ، فلا حَاجَةَ إلى شَاهِدٍ ويمين[2].

«فرع»:

ادَّعَوْا على رجل دَاراً في يَدِهِ؛ أنه وَقَفَهَا عليهم، أو على وَرَثَةِ رَجُلٍ، أن مورثهم وَقَفَهَا عليهم، وأَقَامُوا شَاهِداً وَاحِداً؛ فَيُنْظَرُ، أَيَحْلِفُونَ مع شاهدهم؟ أم ينكلون؟ أم يحلف بَعْضُهُمْ وَيَنْكُلُ بعضهم؟ والأحوال على ما ذكرنا في المَسْأَلَةِ المَشْرُوحَةِ، لكن حيث جَعَلْنَا كُلَّ المُدَّعَى، أو بَعْضَه تَرِكَةً هناك، فيترك ههنا في يَدِ المُدَّعَى عَلَيْهِ والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَإِنْ كَانَ الوَقْفُ بِالتَّشْرِيكِ فَحَلَفَا ثُمَّ وُلِدَ لأَحَدِهِمَا وَلَدٌ وَجَبَ إِخْرَاجُ ثُلُثِ الوَقْفِ مِنْ يَدِهِمَا، فَإِنْ بَلَغَ الطِّفْلُ وَحَلَفَ اسْتَحَقَّ، وَإِنْ نَكَلَ فَقَدْ تَعَذَّرَ مَصْرِفُهُ، وَفِيهِ قَوْلٌ أَنَّهُ يُرَدُّ إِلَيْهِمَا وَالنَّاكِلُ كَالمَعْدُومِ، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهُ لاَ يُرَدُّ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ أَوَّلاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد سبق أن دَعْوَى الوَقْفِ تُصَوَّرُ على وَجْهَيْنِ، وقد فَرَغْنَا من أحدهما، وهو دَعْوَىٰ وَقْفِ التَّرْتِيبِ.

الوجه الثاني: دَعْوَىٰ وَقْفِ التَشريك بأن يقول البَنُونَ الثَّلاَثَةُ في المِثَالِ المذكور: إنه وَقَفَ علينا، وعلى أَوْلاَدِنَا، وأَوْلاَدِ أَوْلاَدِنَا، ما تَنَاسَلْنَا، فإن انْقَرَضْنَا، فعلى الفُقَرَاءِ، وأقاموا على ذلك شَاهِداً وَاحِداً، فَيُنْظَرُ، إن حَلَفُوا معه، أخذوا الدَّارَ وَقْفاً.

---

(١) في أ: أو.

(٢) قال في الخادم: هذا محله إذا لم يكن على الميت دين تستغرقه التركة ولم يقضوه من مالهم، فإن كان فلا بد من البينة كما قاله في البحر قال: وينظر فإن كان الوقف في المرض بطل لأنه وصية تبطل باستغراق الديون، وإن كان في الصحة سمعت ببينتهم وثبت بالشاهد واليمين، وإن عدمت البينة حلف أرباب الديون وصرفت في ديونهم، فإن نكلوا ردت على الورثة، فإن حلفوا ثبت الوقف وإن نكلوا صرف في أرباب الدين. انتهى. وما ذكره لا يخلو من إشكال.

ثم حَدَثَ لأحدهم وَلَدٌ، فَقَضِيَّةُ الوَقْفِ شركته[١]، فيوقف ربع[٢] غَلَّةِ الوقف إلى أن يَبْلُغَ، فَيُصْرَفُ إليه، إن حلف ولم يَجْعَلُوهُ على الخِلاَفِ المَذْكُورِ في أن البَطْنَ الثاني، هل يَحْتَاجُونَ إلى اليَمِينِ إذا حَلَفَ البَطْنُ الأَوَّلُ، وأَحْوَجُوهُ إلى اليَمِينِ بعد البُلُوغِ.

وَأَبْدَى ابْنُ الصَّبَّاغِ بجوابهم في هذه الصورة، قول ابن سُرَيْجٍ، ومن ساعده: أن البَطْنَ الثاني يَحْتَاجُونَ إلى اليمين؛ لأن الثَّلاَثَةَ الحالفين ها هنا وَاسِطَةٌ [بين الوَلَدِ الحَادِثِ وبين الوَاقِفِ، وإن كان الثَّانِي منه. كما أن البطن الأول وَاسِطَةٌ][٣] بين البَطْنِ الثاني، وبين الوَاقِفِ.

وأجرى أبو الفرج السَّرَخْسِيُّ وَجْهاً في هذه الصُّورَةِ أيضاً، ونقل وَجْهَيْنِ في أن الربع الموقوف [يُوقَفُ][٤] في يد البَنِينَ الثلاثة؛ أم يُنْتَزَعُ، ويُجْعَلُ في يَدِ أَمِينٍ؟

والأقرب الثاني، وإن نَكَلَ بعدمَا بَلَغَ، صُرِفَ المَوْقُوفُ إلى الثلاثة، وجُعِلَ كأنه لم يَلِدْ.

هذا هو النص، واعترض المُزَنِيُّ تَفرِيعاً على أَنَّ الوَقْفَ يَثْبُتُ بشاهد ويَمِينٍ، بأنهم مُعْتَرِفُونَ بأن المَوْقُوفَ له، فكيف يَجُوزُ لهم [أخذه][٥] بامْتِنَاعِهِ من اليمين؟ بل يجب أن يُوقَفَ إلى أن يَحْلِفَ، أو يَمُوت، فيقوم وَارِثُهُ مُقَامَهُ.

والناصرون للنَّصِّ أجابوا بوَجْهَيْنِ:

أحدهما: أن صورة النَّصِّ ما إذا شَرَطَ الوَاقِفُ شَرِكَةَ من يحدث، إن رَغِبَ في الوقف ولم يَرُدَّهُ، وإذا لم يَحْلِفْ مع الشاهد، فكأنه رَدَّ.

فإن أطلق، حكى الشيخ أبو حَاتِمٍ القَزْوِينِيُّ عن بَعْضِ الأصحاب ـ رحمهم الله ـ أن الجَوَابَ، كما ذكر المزني.

وعن آخرين أن الحُكْمَ لا يختلف، ويُحْمَلُ الوَقْفُ عليه وإن أطلق وهذا أشهر، وبالأول أجاب القاضي ابْنُ كَجٍّ.

والثاني: أن الوَاقِفَ جعل الثلاثة أَصْلاً في الاسْتِحْقَاقِ، ثم أدخل من يحدث على سَبِيلِ العول[٦]، فإذا سَقَطَ الدَّاخِلُ، فالقِسْمَةُ على الأصول كما كانت.

وشَبَّهَهُ في «التهذيب» بما إذا مات إنْسَانٌ عن أَلْفٍ، وجاء ثلاثة، وادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ أَلْفاً على المَيِّتِ، وأقام شَاهِداً، فإن حَلَفُوا معه فَالأَلْفُ بينهم، وإن حَلَفَ اثْنَانِ فَهُوَ

(١) في أ: شركة.
(٢) في أ: ربع.
(٣) سقط في: أ.
(٤) سقط في: أ.
(٥) سقط في: أ.
(٦) في ز: القول.

لهما، وإن حَلَفَ وَاحِدٌ، فكذلك الوَاحِدُ، [لكن][(١)] قال الإمَامُ: إن المزني لا يُسَلِّمُ المَسْأَلَةَ، ويقول: ليس لِصَاحِبِ الدَّيْنِ الأَوَّلِ إذا لم يحلف الثَّاني إلا أَخْذُ حِصَّتِهِ. نعم، لو أَبْرَأَ الثَّانِي، كان للأول أَخْذُ الجميع؛ لأن الثاني أَبْطَلَ حَقَّهُ، والنُّكُولُ لا يُبْطِلُ الحَقَّ.

ألا ترى أنه لو لم يَحْلِفْ مع الشَّاهد ثمَّ أتم البَيِّنَةَ، تسمع، ويُحْكَمُ بها؟ وكيف ما قدر الجواب. فالظَّاهِرُ عند الأَصْحَابِ مُوَافَقَةُ النَّصِّ.

ورأى الإمام أن يجعل ما اعترض به المُزَنِيُّ قَوْلاً مُخَرَّجاً؛ لقوته، واسْتَحْسَنَهُ. وإذا قيل به، فَنَصِيبُ المَوْلُودِ وَقْفٌ تَعَذَّرَ مَصْرِفُهُ، فيجيء فيه الخِلاَفُ السَّابِقُ.

ولو مات المَوْلُودُ قبل بلوغه، أو بعد بُلُوغِهِ، وقبل النكول، قام وَارِثُهُ مَقَامَهُ، فَيَحْلِفُونَ، وَيَسْتَحِقُّونَ الغَلَّةَ المَوْقُوفَةَ. ولو مات بعد البُلُوغِ والنُّكُولِ، لم يَسْتَحِقُّوا الغَلَّةَ؛ لأنه أَبْطَلَ حَقَّهُ بالنكول، وهذا في الغَلَّةِ المَوْقُوفَةِ.

فأما رَقَبَةُ الوقف، وغَلَّتُهَا من بعدُ فقضية[(٢)] الشرط عند مَوْتِهِ، أن يستغرقها الثلاثة الحالفون، وهل عليهم تَجْدِيدُ اليمين؟ قال الإمَامُ: إن فَرَّعْنَا على ما قال المُزَنِيُّ، ففيه الخِلاَفُ المَذْكُورُ، فيما إذا مَاتَ بَعْضُ البَطْنِ الأَوَّلِ في وقف الترتيب، وقد حَلَفَ الكُلُّ، هل يحتاج البَاقُونَ إلى التَّجْدِيدِ؟

وإن فَرَّعْنَا على النص، فلا حَاجَةَ إلى التجديد، فإنا نُقَدِّرُ أن المَوْلُودَ لم يكن، ولو مات وَاحِدٌ من الحَالِفِينَ في صِغَرِ المَوْلُودِ، وقف من يوم موته للمولود ثلث الغَلَّةِ؛ لأن المُسْتَحِقِّينَ عَادُوا إلى ثَلاَثَةٍ، فإن بلغ وحَلَفَ أخذ الربع، والثلث المَوْقُوفين، [وإن نَكَلَ صرف الربع إلى الابنين الباقيين][(٣)]، وإلى وَرَثَةِ المَيِّتِ، وصرف الثلث إلى الباقين خَاصَّةً، ويعود فيه كَلاَمُ المزني.

ولو أن المَوْلُودَ بَلَغَ مَجْنُوناً، أَدَمْنَا الوَقْفَ طَمَعاً في إِفَاقَتِهِ، فإن ولد له قبل أن يضيق وقف له الخُمس، ولِلْمَجْنُونِ من يوم ولادة ولده الخُمُسُ؛ لأن المُسْتَحِقِّينَ صاروا خَمْسَةً. فإن أَفَاقَ المَجْنُونُ وبلغ وَلَدُهُ، وحَلَفَا أخذ المَجْنُونُ الرُّبُعَ من يوم وِلاَدَتِهِ إلى يوم وِلاَدَةِ وَلَدِه الخمس من يومئذ، وأخذ وَلَدُهُ الخُمُسَ من يومئذ.

ولو مات المجنون في جنونه بعدما ولد له، فالغَلَّةُ المَوْقُوفَةُ لِوَرَثَتِهِ، إذا حلفوا، ويُوقَفُ لِوَلَدِهِ من يوم مَوْتِهِ ربع الغَلَّةِ. هذا كُلُّهُ، إذا حَلَفَ المدعون الثلاثة أولاً.

وإن نَكَلُوا عن اليَمِينِ مع الشَّاهِدِ، فلمن يَحْدُثُ بعدهم أن يَحْلِفَ بلا خلاف[(٤)]؛

---

(١) سقط في: أ.
(٢) في ز نقضه.
(٣) سقط في: أ.
(٤) في ز: خوف.

لأنه شَرِيكُ الأولين بتلقي من الوَاقِفِ لا مَحَالَةَ. وإن حلف بَعْضُهُمْ دون بعض، أخذ الحَالِفُ نَصِيبَهُ، وبقي الباقي على مَا كَانَ.

فأما لَفْظُ الكتاب، فإنه فرض فيما إذا ادَّعَىٰ اثنان، كما فعل في وَقْف الترتيب.

ولْيُعَلَّمْ قوله: «وَجَبَ إِخْرَاجُ ثُلُثِ الوَقْفِ من يديهما» [بالواو][1] لوجه حكيناه؛ أنه يُوقَفُ في يَدِهِمَا ولا يخرج.

وقوله: «وإن نكل فقد تَعَذَّرَ مصرفه»، هذا هو الذي ذكره المُزَنِيُّ، وإيراد الكتاب يُشْعِرُ بِتَرْجِيحِهِ. والظَّاهِرُ ما ذَكَرَهُ آخراً، وهو أنه يَرُدُّهُ إليهما كما تَبَيَّنَ.

وأما قوله: «ولا خِلاَفَ أنه لا يردُّ على المُدَّعَى عَلَيْهِ أولاً» فالمُرَادُ منه، أنه لو قال لِلْمُدَّعَىٰ عليه: إذا بلغ المَوْلُودُ، ونَكَلَ، رُدُّوا عَلَيَّ ما وَقَفْتُمْ له، فإن الحُجَّةَ لم تَتِمَّ؛ لاعتراف المُسْتَحِقِّينَ بأنهم لا يستحقونه، فلا يُجَابُ [إليهما][2].

وقال الإمام: كما لا يُجَابُ في وَقْفِ الترتيب، إذا حلف البَطْنُ الأول، ونكل الثَّانِي، وسببه، أن يَدَهُ [أزيلت][3] بِحُجَّةٍ قامت عليه، وانقطع تَعَلُّقُهُ عنه، فلا يَعُودُ بما يفرض من تَعَذُّرِ المصرف، وكأنه أَرَادَ تَصْوِيرَ المسألة فيما إذا ادَّعَوْا على رَجُلٍ؛ أن مورثه وَقَفَ الدَّارَ التي في يَدِهِ على المدعين، وعلى أَوْلاَدِهِمْ دون أن يدعي بَعْضُ الوَرَثَةِ على بعض في دَارِ التَّرِكَةِ، وإلا، فإذا لم يَثْبُتِ الوَقْف تكون الدار تَرِكَةً، فلا معنى في تركها في يد المُدَّعَىٰ عليه والله أعلم.

ٱلْبَابُ ٱلْخَامِسُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَجْرِي فِي كُلِّ مَا لَيْسَ بِعُقُوبَةٍ، وَفِي العُقُوبَاتِ ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ، وَفِي الثَّالِثِ يَجْرِي فِي عُقُوبَاتِ الآدَمِيِّينَ دُونَ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى؛ لِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةً لِأَنَّهَا بَدَلٌ، وَيَجْرِي الخِلاَفُ فِي كِتَابِ القَاضِي إِلى القَاضِي وَفِي التَّوْكِيلِ بِٱسْتِيفَاءِ القِصَاصِ، فَإِذَا مَنَعْنَا لَمْ تُسْمَعِ الدَّعْوَىٰ بِالقِصَاصِ عَلَى غَائِبٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الشَّهَادَةُ على الشَّهَادَةِ مَقْبُولَةٌ؛ لدعاء الحَاجَةِ إليها، فإن شُهُودَ الوَاقِعَةِ قد يَغِيبُونَ، أو يَمُوتُونَ، وأيضاً فإن الشَّهَادَةَ [حَقٌّ لاَزِمُ الأَدَاءِ، أفتجوز الشَّهَادَةُ][4] عليه كَسَائِرِ الحُقُوقِ؟

وأيضاً فإن الشَّهَادَةَ طريق يُظْهِرُ الحَقّ كالإِقْرَارِ، هذا في غير العُقُوبَاتِ؛ وتدخل

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: إليه.
(٣) في ز: إن مات.
(٤) سقط في: أ.

فيه الأَمْوَالُ، والأَنْكِحَةُ، والبُيُوعُ، والرَّهْنُ، وسَائِرُ العُقُودِ، والفُسُوخ، والطَّلاَقُ، والعِتَاقُ، والرَّضَاعُ، والوِلاَدَةُ، وعُيُوبُ النِّسَاءِ؛ ولا فرق [في ذلك](٥) بين حُقُوقِ الآدَمِيِّينَ، وحُقُوقِ الله تعالى؛ كالزَّكَوَاتِ، وَوَقْفِ المَسَاجِدِ، والجِهَاتِ العَامَّةِ.

وأما العُقُوبَاتُ؛ فحكم الشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ فيها على مَا بَيَّنَّا في كتاب القَاضِي إلى القَاضِي، والأَصَحُّ؛ المنع في حُدُودِ الله تعالى، والقَبُول في القِصَاصِ، وحَدِّ القَذْفِ(٦).

---

(١) سقط في: ز.

(٢) الشهادة على الشهادة جائزة استحساناً لا قياساً.

وجه القياس أن الشهادة عبادة بدينة وجبت على الأصل والنيابة في العبادة البدنية غير جائزة ولأن فيها زيادة احتمال. فإن في شهادة الأصول تهمة الكذب. وفي شهادة الفروع تلك التهمة. مع إمكان الاحتراز بجنس الشهود. بأن يزيدوا في عدد الأصول عند شهادهم حتى إذا تعذر إقامة بعضهم قام الباقون.

وجه الاستحسان. أن الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم نجز لأدى إلى التواء الحقوق ولهذا جوزت وإن كثرت.

قَالَ ٱلإِمَامُ أبو حنيفة، وأصحابه، وأحمد، والنخعي، والشعبي. الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة، فلا تقبل في الحدود، والقصاص؛ لأنها تندرىء بالشبهات، والشهادة على الشهادة فيها شبهة من حيث البدلية. أو من حيث إنَّ فيها زيادة ٱحْتِمَالٍ.

وَذَهَبَ ٱلإِمَامُ مَالِكٌ إلى جواز الشهادة على الشهادة في جميع الحقوق.

وفي التبصرة لابن فَرْحُون. قال ٱبْنُ عَبْدِ ٱلسَّلاَمِ، وقد اختلف العلماء في الحكم بالشهادة على الشهادة، فمذهب مالك ـ رضي الله تعالى عنه ـ قبولها وإعمالها في سائر الحقوق مالاً كان أو عقوبة.

وعند الإِمَام الشافعي تقبل الشهادة على الشهادة في غير عقوبة كمال وطلاق، وفي عقوبة الآدمي على المذهب، كقصاص وحد قذف بخلاف عقوبة الله تعالى كحد الزنى والشرب، لأن حق الله تعالى مبني على المساهلة بخلاف حق الآدمي.

شروط جواز الشهادة على الشهادة: هي

١ ـ أن تتعذر شهادة الأصل بموت أو غيبة أو مرض أو كون المرأة مخدرة. وبهذا قال الأئمة الأربعة.

وعن أبي يوسف أنه إذا كان في مكان لو غدا الأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله قبلت الشهادة على الشهادة إحياء الحقوق الناس.

وفي الذخيرة أخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية منهم الفقيه أبو الليث.

وعن محمد تجوز الشهادة كيفما كانت حتى روى أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية أخرى تقبل.

الغيبة التي تجوز الشهادة على الشهادة عند الحنفية سفر ثلاثة أيام. وعند الشافعية مسافة العدوى. وهي التي يرجع فيها مبكراً. وقيل مسافرة القصر. وعند المالكية إن كانت الشهادة في الحدود لم=

وعن ابن القَاصِّ: أن الشَّهَادَةَ على الشَّهَادَةِ في الإحصان تُخَرَّجُ، على الخِلاَفِ في أن الشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ؛ هل تُقْبَلُ في الحُدُودِ.

ولو شَهِدَ شَاهِدَانِ على شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ أنَّ الحاكمِ حَدَّ فلاناً، فلا خلاف في القَبُولِ؛ لأنه حَقُّ الآدَمِيِّ، فإنه يسقط الحكم عن نَفْسِهِ. قاله في «الشامل».

= تقبل إلا في الغيبة البعيدة. لا في ثلاثة أيام. ويجوز اليومان في غير الحدود. وقال سحنون إن كانت المسافة تقصر فيها الصلاة أو الستين ميلاً جاز النقل ولم يفرق بين حد ومال ولكنا نقول أن هذا تساهل غير مقبول ولا يتفق والحكمة التي من أجلها جازت الشهادة على الشهادة.

وروي عن الشعبي أنها لا تقبل إلا أن يموت شاهدا الأصل لأنهما إذا كانا حيين رجى حضورهما فكانا كالحاضرين.

وهذا الرأي ليس بسديد إذ يلزم عليه ضياع الحقوق. ولا سيما إذا كان شاهد الأصل في مكان بعيد.

٢ ـ أن يشهد كل من الأصلين على شهادته رجلين أو رجلاً وامرأتين. وإذا شهد رجلان على شهادة أحد الأصلين جاز لهما أن يشهدا على شهادة الآخر. لأن الشاهد يجوز له أن يتحمل الشهادة على حوادث كثيرة.

وفي قول للشافعي يشترط لكل رجل أو امرأتين. لأن شهادتهما على واحد قائمة مقام شهادته فلا تقوم مقام شهادة غيره.

ثم لا بد من الاسترعاء وهو أن يشهد شاهد الأصل شاهد الفرع فيقول أشهد على شهادتي. أني أشهد أن لفلان على فلان كذا. أو أقر عندي بكذا. أما إذا سمع شاهداً يشهد غيره فلا يجوز له أن يشهد. وعند مالك في هذه قولان: أما إذا سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أو سمع يشهد بحق يغريه إلى سبب نحو أن يقول أشهد أن لفلان على فلان ألفاً من ثمن مبيع فهل يشهد به؟

ذكر القاضي أن له الشهادة به. وهو مذهب الشافعي لأنه بالشهادة عند الحاكم ونسبة الحق إلى سبب يزول الاحتمال. ويرتفع الإشكال. فتجوز له الشهادة على شهادته كما لو استرعاه.

وذهب أبو حنيفة وأبو عبيد إلى عدم الجواز لأن الشهادة على الشهادة فيها معنى الإنابة فلا ينوب عنه إلا بإذنه.

٣ ـ أن يعينا شاهدي الأصل ويسمياهما.

وقال ابن جرير إذا قالا ذكر ابن حرين عدلين جاز. وإن لم يسميا. لأن الغرض معرفة الصفات دون العين. وليس هذا بصحيح لجواز أن يكونا عدلين عندهما مجروحين عند غيرهما. ولأن المشهود عليه ربما أمكن جرح الشهود فإذا لم يعرف أعيانهما تعذر عليه.

٤ ـ ألا يخرج الأصول عن أهلة الشهادة بفسق أو جنون أو عمى أو ردة أو غير ذلك أما إذا ماتوا أو غابوا فشهادة الفرع مقبولة.

٥ ـ ألا ينكر الأصل تحميل الشهادة للفرع. فإنه أنكرها وقال أشهدت غيرهما فلا تقبل شهادة الفرع للتعارض.

٦ ـ ألا يحضر الأصل قبل الحكم فلو شهد شاهدا الفرع فلم يحكم بشهادتهما حتى حضر شاهدا الأصل وقف الحكم على سماع شهادتهما لأن قدر على الأصل قبل العمل بالبدل فلم يجر أمل به كالمتيمم يقدر على الماء قبل الصلاة.

ولْيُعَلَّمْ قوله في الكتاب: «وعُقوبات الآدَمِيِّينَ» بالحاء، لأن عند أبي حَنِيفَةَ لا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ على الشهادة في القِصَاصِ في النَّفْسِ، كما في حقوق الله تَعَالَى. وقوله: «دون حُدُودِ الله تَعَالَى» بالميم، لأن عند مَالِكٍ تُقْبَلُ فيها الشَّهَادَةُ على الشهادة.

وقوله: «لأن فيها شُبْهَةً، لأنها بدل» يعني؛ أن [شهادة الفرع][1] بدل عن شَهَادَةِ الأَصْلِ؛ وذلك يُورِثُ الشُّبْهَةَ؛ لانْضِمَامِ احتمال الخِيَانَةِ في الفُرُوعِ إلى احْتِمَالِهَا في الأُصُولِ. وقوله: «ويجري الخِلاَفُ في كتاب القاضي إلى القَاضِي، وفي التوكيل باسْتِيفَاءِ القِصَاصِ» أشار به أن الخِلاَفَ في الصورة مَبْنِيٌّ على معنى البَدَلِيَّةِ، وتَأْثِيرِهِ في زِيَادَةِ الشُّبْهَةِ.

وقوله: «فإذا منعنا» ـ يعني كتاب القاضي ـ «لم تُسْمَعْ دعوى القصاص على غائب»؛ لأنه لا يَتَمَكَّنُ من اسْتِيفَائِهِ، ولا يجوز أن يكتب به إلى موضع [الغائب][2] المُدَّعَى عليه والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: ثُمَّ النَّظَرُ فِي أَرْبَعَة أُمُورٍ: (الأَوَّلُ): أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ تَحَمُّلُ الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ إلاَّ إِذَا قَالَ الشَّاهِدُ أَشْهَدتُكَ عَلَى شَهَادَتِي أَوْ رَآه الفَرْعُ وَقَدْ شَهِدَ بَيْنَ يَدَيْ حَاكِمٍ فَلَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ، وَلَوْ قَالَ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ القَضَاءِ: لِفُلاَنٍ عَلَى فُلاَنٍ حَقٌّ وَعِنْدِي بِهِ شَهَادَةٌ لَمْ يَجُزِ التَّحَمُّلُ، لِأَنَّهُ يَتَسَاهَلُ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الحُكْمِ، نَعَمْ لَوْ قَالَ: عِنْدِي شَهَادَةٌ مَجْزُومَةٌ لِفُلاَنٍ فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَشْهَدُ أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ كَذَا لَمْ يَتَحَمَّلْ فَلَعَلَّهُ أَرَادَ الوَعْدَ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ لِفُلاَنٍ أَلْفٌ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى الوَعْدِ وَجَازَتِ الشَّهَادَةُ إِذْ لاَ يَتَسَاهَلُ فِي الإِقْرَارِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَدْرَجَ مَسَائِلَ البَابِ بعدما بَيَّنَ أن الشَّهَادَةَ [على الشهادة][3] فيم تجري، وفيم لا تجري، في أربعة فُصُولٍ:

أحدها: في تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ؛ وإنما يجوز التَّحَمُّلُ، إذا عرف أن عند الأَصْلِ شَهَادَةً جَازِمَةً بحق ثَابِتٍ. ولمعرفته أسباب:

أحدها: أن يَسْتَرْعِيَهُ الأصل، فيقول: إنِّي شَاهِدٌ بكذا، وأَشْهَدْتُكَ على شَهَادَتِي، [أو يقول: أشهدك، وأشهد على شهادتي بكذا،][4] أو يقول: إذا استشهدت[5] على شهادتي، فقد أَذِنْتُ لك في أن تَشْهَدَ.

---

(١) في ز: الشهادة.
(٢) سقط في: ز.
(٣) سقط في: أ.
(٤) سقط في: أ.
(٥) في ز: استشهد.

أما إذا سمع إِنْسَاناً يقول: لفلان على [فلان][١] كذا، أو أَشْهَدُ أن لفلان على [فلان] كذا، لا على صُورَةِ أداء[٢] الشَّهَادَةِ، فلا يجوز أن يَشْهَدَ على شَهَادته، لأنه قد يريد عِدَةً كان قد وَعَدَهَا، وقد ليشير بكَلِمَة «عليَّ» أن مَكَارِمَ الأَخْلاَقِ الوَفَاءُ بها، وتنزيلها منزلة الدُّيُونِ، وأيضاً قد يَتَسَاهَلُ بإطلاق ذلك، لِغَرَضٍ صحيح، أو فَاسِدٍ، فإذا آلَ الأَمْرُ إلى [إِقَامَةِ][٣] الشهادة أَحْجَمَ. وكذا لو عندي شَهَادَةٌ بكذا، ولكن لو قال: عندي شَهَادَةٌ مَجْزُومَةٌ، أو شهادة أديتها ولا أماري فيها وما أَشْبَهَ ذلك، ففي جَوَازِ التَّحَمُّلِ وجهان؛ نقلهما الإِمَامُ، والموافق فيهما لإِطْلاَقِ الأكثرين المَنْعُ أيضاً، وَلاَ بُدَّ من تَعَرُّضِ الأَصْلِ للفظ الشَّهَادَةِ، فلو قال: أَعْلَمُ، أو أخبر، أو أَسْتَيْقِنُ، لم يَكْفِ، كما لو أَتَى الشَّاهِدُ عند إِقَامَةِ الشَّهَادَةِ بهذه الأَلْفَاظِ، فإنه لا يَحْكُمُ بها القاضي.

قال الإمام: وأَبْعَدَ بعض أصحابنا، فأقام اللَّفْظَ الذي لا يُتَرَدَّدُ فيه، مَقَامَ لَفْظِ الشهادة، ولا يُشْتَرَطُ أن يقول في الاسترعاء: أشهدك على شَهَادتي [أو عن شهادتي][٤] لكنه أتم بقوله: أشهدك على شهادتي تحميل.

وقوله: «عن شهادتي إِذْنٌ في الأَدَاءِ، كأنه يقول: أَدِّهَا عَنِّي، ولإذنه أثر في الطرفين، ألا تَرَاهُ لو قال له بعد التَّحْمِيل: لا تُؤَدِّ عني تلك الشَّهَادَةَ امْتَنَعَ عليه الأَدَاءُ وفي «الشامل» أن بعض الأصحاب شَرَطَ في الاسْتِرْعَاءِ ذلك، وإذا حصل الاسْتِرْعَاءُ لم يختص التحمل بمن اسْتَرْعَاهُ كأنه يقول لِلْفَرْعِ: اقبل على شهادتي وتحملها؟

والثاني: إذا سَمِعَهُ يَشْهَدُ عند القَاضِي أن لفلان على فلان كذا، فله أن يشهد على شهادته، وإن لم يَسْتَرْعِهِ؛ لأنه لا يتصدّى إِقَامة الشهادة عند القاضي إلا بعد تَحَقُّقِ الوُجُوبِ.

وللقاضي أيضاً أن يَشْهَدَ على شهادته عند قَاضٍ آخر، والشَّهَادة عند المُحَكَّمِ، كالشهادة[٥] عند الحَاكِمِ، سواء جَوَّزْنَا التحكيم، أو لم يُجَوِّزْهُ؛ لأنه لا يَشْهَدُ عند المُحَكَّمِ أيضاً إلا وهو جَازِمٌ بثبوتِ المشهود به.

وعن الإِصْطَخْرِيِّ: أنه إنما تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عند المُحَكَّمِ، إذا جَوَّزْنَا التَّحْكِيم.

أما على القول الآخر، فلا.

والثالث: إذا بَيَّنَ تثبيت الوُجُوبِ، فقال: أَشْهَدُ أن لفلان على فلان كذا في ثَمَنِ مَبِيعٍ، أو قَرْضٍ، أو أَرْشِ جِنَايَةٍ، فتجوز الشَّهَادَةُ على شَهَادَتِهِ، وإن لم يَشْهَدْ عند

---

(١) سقط في: أ.
(٢) في ز: إذا.
(٣) سقط في: أ.
(٤) سقط في: ز.
(٥) في أ: بالشهادة.

القَاضِي، ولا وُجِدَ منه اسْتِرْعَاءٌ؛ لأن الإِسْنَادَ إلى السَّبَبِ، يَقْطَعُ احتمال الوَعْدِ، والتَّسَاهُلِ. هذا ما يوجد لِعَامَّةِ الأَصْحَابِ.

وحكى الإِمَامُ وَجْهاً آخَرَ: أَنَّ الإِسْنَادَ إلى السَّبَبِ لا يكفي لِلتَّحَمُّلِ؛ ورآه أَظْهَرَ، وهذا الوَجْهُ قد رَوَاهُ الشَّيْخُ أبو حَاتِمٍ القزويني أيضاً، [وروى][1] وجهاً آخر: أن الشَّهَادَةَ عند القاضي لا تَكْفِي أيضاً، بل لاَ بُدَّ من الاسْتِرْعَاءِ. ويُحْكَى عن أبي حَنِيفَةَ مِثْلُ ذلك.

فيجوز أن يُعَلَّمَ قوله في الكتاب: «أو رآه الفرع، وقد شهد بين يدي حاكم» بالحاء والواو. وقوله: «ولو قال: أَشْهَدُ أن له عليه كذا، لم يتحمل، فلعله أراد الوعد». يمكن حَمْلُهُ على ما ذكرنا أن المَشْهُودَ عليه ربما أراد الوَعْدَ، ويمكن حَمْلُهُ على أن القَائِلَ ربما أراد الوَعْدَ بالشَّهَادَةِ، لا أن عنده شهادة في الحال، فَيَنْضَمُّ هذا إلى معنى التَّسَاهُلِ الذي ذَكَرَهُ، فيما إذا قال: عندي شهادة بكذا؛ والحُكْمُ فيها وَاحِدٌ.

وأما قوله: «ولو قال: عَلَيَّ لفلان ألف، لم يحمل على الوَعْدِ، وجَازَتِ الشَّهَادَةُ. فاعلم أن الأَصْحَابَ ـ رحمهم الله ـ لما ذَكَرُوا في هذا المَوْضِعِ؛ أنه لا يجوز التَّحَمُّلُ، بأن يُسمع من الأصل: أني أَشْهَدُ بكذا، أو عندي شَهَادَةٌ بكَذَا، تَكَلَّمُوا في أنه: هل يكفي لِلتَّحَمُّلِ أن يسمعه يقول: لفلان عليَّ كذا؟

وعن أبي إِسْحَاقَ: أن هناك أَيْضاً لا يجوز التَّحَمُّلُ بهذا القَدْرِ، بل لاَ بُدَّ مع ذلك من قَرِينَةٍ تُشْعِرُ بالوجوب، بأن يسنده إلى سَبَبٍ؛ فيقول: من ثَمَنِ مبيع، أو يسترعيه فيقول: فاشهد علي به. والصحيح، وهو المَذْكُورُ في الكتاب: أن مُجَرَّدَ الإِقْرَارِ كَافٍ لِلتَّحَمُّلِ، وفَرَّقُوا بينه وبين تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ من وجهين:

أحدهما: أن الشَّهَادَةَ يُعْتَبَرُ فيها ما لا يُعْتَبَرُ في الإِقْرَارِ، ألا تَرَى أنه لا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الفَاسِقِ والمُغَفَّلِ؟ والشهادة بالمَجْهُولِ والإِقْرَار يخالفه فجاز أن يُعْتَبَرَ في تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ ما لا يُعْتَبَرُ في تَحَمُّلِ الإِقْرَارِ.

والثاني: أن المقر مُخْبِرٌ عن نفسه، والشَّاهِد مُخْبِرٌ عن غيره، والمُخْبِرُ عن نفسه بما يَضُرُّ به لا يخبر إلا عن تَحْقِيقٍ، ولا يكاد يَتَسَاهَلُ، والمخبر عن غيره قد يَتَسَاهَلُ، فَيُحْتَاجُ فيه إلى الاحتياط.

فرع:

الفَرْعُ عند أَدَاءِ الشَّهَادَةِ يُبَيِّنُ جِهَةَ التَّحَمُّلِ، فإن اسْتَرْعَاهُ الأصل، قال: أشهد أن فُلاَناً، شَهِدَ أن لفلان على فلان كذا، وأَشْهَدَنِي على شَهَادَتِهِ، وإن لم يَسْتَرْعِهِ، بين أنه

(١) سقط في: ز.

شهد عند القَاضِي، أو أنه أَسْنَدَ المَشْهُود به إلى سَبَبِهِ. قال الإمَامُ: وذلك لأن الغَالِبَ على النَّاسِ الجَهْلُ بطريق التَّحَمُّلِ، فإن كان ممن يَعْلَمُ، وَثِقَ به القاضي، [جاز أن يَكْتَفِيَ بقوله: أَشْهَدُ على شهادة فُلاَنٍ بكذا، ويُسْتَحَبُّ للقاضي أن](١) يسأل: بأي سَبَبٍ ثَبَتَ هذا المال(٢)؟ وهل أخبرك به الأَصْلُ؟ وهذا إذا لم يُبَيِّن السبب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي فِي الطَّوَارِىءِ وَلاَ بَأْسَ بِمَوْتِ شَاهِدِ الأَصْلِ وَغَيْبَتِهِ وَمَرَضِهِ، وَأَمَّا إِذَا طَرَأَ عَلَيْهِ الفِسْقُ أَوِ العَدَاوَةُ أَوِ الرِّدَّةُ أمْتَنَعَ شَهَادَةُ الفَرْعِ، وَلَوْ طَرَأَ الجُنُونُ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ طَرَأَ العَمَىٰ فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلى بِأَنْ لاَ يُمْنَعَ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا لاَ يُمْنَعَانِ، أَمَّا إِذَا كَذَّبَ الفَرعُ أمْتَنَعَتِ الشَّهَادَةُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصل الثَّانِي ـ في صفات شَاهِدِ الأَصْلِ، وما يَطْرَأُ عليه. لا يَصِحُّ تَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ على شهادة الفَاسِقِ، والكَافِرِ، والعَبْدِ، والصَّبِيِّ، والعَدُوِّ؛ لأنهم غير مَقْبُولِي الشَّهَادَةِ. وإن تحمل والأصل بصفات الشهود، ثم عَرَضَ ما يَمْنَعُ قَبُولَ شَهَادَتِهِ، أو الوُصُول إليها، فإن كان العَارِضُ المَوْتَ، أو الغَيْبَةَ، أو المَرَضَ، فلا أَثَرَ له، بل شَهَادَةُ الفَرْعِ حينئذ يُحْتَاجُ إليها، كما سَيَأْتِي.

وإن عَرَضَ فِسْقٌ، أو عَدَاوَةٌ، أو رِدَّةٌ، لم تُقْبَلْ شهادة الفَرْعِ، وبالأصل هذه الأحوال. وَوَجَّهَهُ الإِمَامُ: بأن هذه الحَالاَتِ لا تهجم دفعةً وَاحِدَةً، بل الفِسْقُ يورث الرِّيبَةَ فيما تَقَدَّمَ، والرِّدَّةُ تُشْعِرُ بِخُبْثٍ في العَقِيدَةِ سَابِقٍ، والعَدَاوَة لضَغَائِنَ كانت مُسْتَكِنَّة، وليس لمدة [الرِّيبَةِ](٣) من قَبْلُ ضَبْطٌ فتنعطف(٤) إلى حالة التَّحَمُّلِ، فإن زَالَتْ؛ فهل لِلْفَرْعِ أن يشهد بالتَّحَمُّلِ الأول؟ أم يحتاج إلى تحمُّلٍ جَدِيدٍ؟

[عن ابن سُرَيْج فيما حكى أبو العَبَّاسِ الروياني: أنه يحتاج إلى تَحَمُّلٍ جديد](٥) وهذا ما صَحَّحَهُ الإِمَامُ بِنَاءً على انْعِطَافِ الرِّيبَةِ إلى حالة التحمُّلِ، ورَوَىٰ وَجْهاً آخر: أنه لا حَاجَةَ إليه، وهذا قَضِيَّةُ إِيرَادِ «التهذيب»، ولو حدث الفِسْقُ، أو الرِّدَّةُ بعد الشَّهَادَةِ، وقبل القَضَاءِ، امتنع القَضَاءُ. كما لو شهد الأَصْلُ وفَسَقَ قبل القَضَاءِ، ولو

---

(١) سقط في: أ.

(٢) وهذا التفصيل ذكره الإمام وزعم أنه من تصرفه وأن ظاهر كلام الجمهور اشتراط بيان جهة التحمل مطلقاً ولهذا عد الماوردي أداء الشهادة على الصفة التي يحتملها شرطاً وليس كذلك، فإن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ قال في المختصر: وإن شهد الشهاد بالمال فأحب ألا يقبل هذا منه قال في الشامل: ليست هذه المسألة من باب الشهادة على الشهادة وإنما هي من باب شاهدي الأصل.

(٣) سقط في: أ.

(٤) في ز: منعطف.

(٥) سقط في: أ.

حدث بالأصل جُنُونٌ؛ فوجهان مَنْقُولاَنِ في «النهاية»:

أحدهما: امْتِنَاعُ شَهَادَةِ الفَرْعِ، كما في الفِسْقِ، وإنما قَبِلْنَا في المَوْتِ والمَرَضِ للحاجة.

وأصحهما: جواب الجُمْهُورِ: أنه لا أَثَرَ له كالمَوْتِ؛ لأنه لا يُوقِعُ رِيبَةً [فيما مضى][(١)]. والوجهان جَارِيَانِ فيما لو عَمِيَ، وأولى بألاَّ يؤثر لأن العمى لا يبطل أهلية الشَّهَادَةِ بالكُلِّيَّة.

ولو أغمي عليه، قال الإمام: لم يُؤَثِّرْ إن كان غَائِباً، وإن كان حَاضِراً، لم يَشْهَدِ الفَرْعُ، بل ينتظر زَوَالُهُ؛ فإنه[(٢)] قريب الزَّوَالِ.

وقَضِيَّتُهُ؛ أن يكون الجَوَازُ كذلك، في كل مَرَضٍ يُتَوَقَّعُ زَوَالُهُ، كتوقُّع زَوَالُ الإغْمَاءِ[(٣)]، ولا أَثَرَ لحدوث شَيْءٍ من هذه المَعَانِي بعد القضاء[(٤)] وكذا لو شهد الفَرْعُ في غَيْبَةِ الأَصْلِ، ثم حَضَرَ بعد القَضَاءِ لم يؤثر، وإن حضر قَبْلَهُ، امتنع القَضَاءُ، لحصول القُدْرَةِ على الأَصْلِ، وكذا لو كذب الأَصْلُ الفَرْعُ قبل القَضَاءِ، امتنع القَضَاءُ. والتَّكْذِيبُ بعده لا يُؤَثِّرُ.

ولو قضى القاضي، ثم قامت البَيِّنَةُ على أن الأَصْلَ قد كَذَّبَ الفَرْعَ قبل القضاء؛ فالقَضَاءُ مَنْقُوضٌ: ذكره الإمام[(٥)]، هذا هو القول في صفات الأَصْلِ.

---

(١) سقط في: أ. (٢) في أ: لأنه.

(٣) قال النووي في زياداته: ليس كما قال الرافعي ـ رحمه الله ـ، بل الصواب أن المرض لا يلحق بالإغماء، وإن توقع زواله قريباً، لأن المريض أهل لشهادة بخلاف المغمى عليه. والله أعلم. وتعقب فقال في الخادم وهذا الكلام لعله صدر عن غير رؤية فإنه إذا انتظر إفاقة المغمى عليه مع عدم أهليته فانتظار المريض مع أهليته أولى، وقال ابن الرفعة في المطلب: الصواب مع الرافعي؛ لأن الإغماء لم يجعل مانعاً من الشهادة بدليل أنه لا يؤثر في حال الغيبة اتفاقاً فصار كالمرض فانتفى ما ذكره من الفرق نعم لو ذكر له حالة إغماء وكانت تطول، فالظاهر أنه يسلك به مسلك تزويج موليته كما ذكرنا في النكاح بل لولي.

(٤) قال في الخادم: هذا إذا لم يكن في قصاص وحد قذف فإن كان وجوزنا الشهادة على الشهادة فيهما وهو الأصح فإنه يصير بمنزلة الشاهد الأصلي يحصل ذلك والمذهب فيه أنه لا يستوفى كما في الرجوع عن الشهادة بعد القضاء.

(٥) قضيته أنه ذكر للتكذيب صورتين إحداهما: سماع القاضي تكذيب الأصل الفرع، والثانية: قيام بينة عنده على تكذيب الأصل بطلت شهادة الفرع بحضور الأصل لا بالتكذيب، ثم حاول تصويره بصورتين: إحداهما أن الأصل حضر وكذب الفرع فبطلت شهادته بالحضور وجاء التكذيب بعده، فإذا غاب الأصل المسافة المعتبرة لم يقبل الفرع قولاً واحداً لا لطريان الحضور، لأنه قد زال بل لطريان التكذيب. وهذا حسن لطيف.

=

وأما الفَرْعُ فلو تَحَمَّلَ الشَّهَادَةَ، وهو فَاسِقٌ، أو عَبْدٌ، أو صَبِيٌّ، أو أَخْرَسُ، صح تَحَمُّلُهُ، كَتَحَمُّلِ الأَصْلِ الشَّهَادَةَ في هذه الأحوال، ثم الأَدَاءُ يكون بعد زَوَالِهَا، ولا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ على الشَّهَادَةِ، إلا من الرِّجَالِ، ولا مَدْخَلَ فيها لِشَهَادَةِ النِّسَاءِ، وإن كانت الأُصُولُ أو بَعْضُهُمْ إِنَاثاً، وكانت الشَّهَادَةُ في وِلاَدَةٍ، أو رِضَاعٍ، أو مَالٍ، لما سنذكره ـ إن شاء الله تعالى ـ أن شَهَادَةَ الفَرعِ تُثْبِتُ شَهَادَةَ الأَصْلِ، لا ما شَهِدَ به الأَصْلُ.

ونَفْسُ الشهادة ليس بِمَالٍ، ويَطَّلِعُ عليها الرجال.

وقال أبو حَنِيفَةَ: تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ على الشهادة في النِّسَاءِ، فيما يُقْبَلُ فيه شَهَادَةُ النساء. ونقل القاضي ابن كَجٍّ وَجْهاً مِثْلَهُ في الوِلاَدَةِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثُ: العَدَدُ وَلْيَشْهَدْ عَلَى كُلِّ شَاهِدٍ شَاهِدَانِ، فَإِنْ شَهِدَا عَلَى شَهَادَتِهِمَا جَمِيعاً، جَازَ عَلَى أَقْيَسِ القَوْلَيْنِ، وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ أَحَدُ شَاهِدَيِ الأَصْلِ، مَعَ شَاهِدٍ آخَرَ، عَلَى شَهَادَةِ الأَصْلِ الثَّانِي، وَشَهَادَةُ الزِّنَا كَالإِقْرَارِ بِالزِّنَا، فَتثْبُتُ بِشَاهِدَيْنِ أَمْ بِأَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَيَجْتَمِعُ مِنْ هَذِهِ الاخْتِلاَفَاتِ فِي شُهُودِ الفَرْعِ فِي الزِّنَا، إِنْ قَبِلْنَاهَا أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ، فَيَجِبُ سِتَّةَ عَشَرَ، أَوْ ثَمَانِيَةٌ، أَوْ أَرْبَعَةٌ، أَوِ اثْنَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصل الثالث: في عَدَدِ الشهود[1].

الفرع:

فإن شَهِدَ شَاهِدَانِ على شَهَادَةِ أَصْلٍ وآخران على شهادة الثاني، فقد تَمَّ النِّصَابُ بلا كلام، ولا يجوز أن يَشْهَدَ فَرْعٌ على شهادة أَصْلٍ، وآخر على شهادة الثاني، خِلاَفاً لأَحْمَدَ. واحْتَجَّ الأَصْحَابُ بأن الفرع يَثْبُتُ بشهادة الأصل، ولا يكفي وَاحِدٌ لإثبات شَهَادَةِ كل أصل؛ كما لو شَهِدَ اثْنَانِ على شَهَادَةِ مقرين.

كذلك لو شَهِدَ اثنان على شَهَادَةِ الأَصْلين معاً، ففيه قولان:

أحدهما: وهو اختيار المُزَنِيِّ: أنه لا يجوز؛ لأنهما إذا شَهِدَا على شَهَادَةِ أحد الأصلين، كانا كَشَاهِدٍ وَاحِدٍ قام شَهَادَةُ أَحَدِ الشَّطْرَيْنِ، فلا يقوم بها الشَّطْرُ الثاني، كمن

= **الثانية:** أن يسافر الأصل عن بلد الفرع إلى بلد آخر ثم اتفق سفر القاضي هناك فشافهه الأصل بتكذيب الفرع فيه من عمل القاضي فله العمل بتكذيبه قولاً واحداً وإلا كان على قولي العلم وهذه الصورة أغوص من الأولى. انتهى والظاهر أن الإمام جمع بين الحضور والتكذيب لأنهما مانعان قطعاً بخلاف الحضور المجرد ففيه خلاف، ولهذا قال في البسيط: ومن الموانع قطعاً حضور شهود الأصل وتكذيبهم شهود الفرع، فإن قامت البينة على تكذيبهم وهم غيب فذلك يمنع.

(١) في أ: شهود.

شَهِدَ مَرَّةً على شيء، لا يَشْهَدُ مَرَّةً أخرى. وكما لو شهد أَصَالَةً، ثم شَهِدَ [الثَّاني][(١)] مع فَرْعٍ على شَهَادَةِ الأَصْلِ، الثاني ـ وبه قال أبو حَنِيفَةَ، ومالك، وأحمد ـ رحمهم الله ـ: يجوز؛ لأنهما شَهِدَا على قَوْلِ اثنين، فصار كما لو شَهِدَ على إِقْرَارِ رَجُلَيْنِ.

والقولان فيما ذكره الشيخ أبو حَامِدٍ، وطَبَقَتُهُ مَبْنِيَّانِ على أن الفروع يقومون مَقَامَ الأُصُولِ؛ ويثبت الحَقُّ بِشَهَادَتِهِمْ ثُبُوتَهُ بِشَهَادَةِ الأصول، أو الفروع يثبتون شهادة الأصول، والحَقُّ يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمْ.

وفيه قولان، نُوَجِّهُ أولهما ـ بأن الوَاحِدَ، لا يجوز أن يَشْهَدَ أَصَالَةً مع فَرْعٍ، على شهادة الأصل الثاني، ولَوْلاَ قِيَامُ الفروع مَقَامَ الأُصُولِ في إثبات الحَقِّ، لجاز؛ لأن شهادتهما[(٢)] [حينئذ][(٣)] تَتَوَجَّهَانِ نحو شَيْئَيْنِ مختلفين.

وثانيهما: وهو الأصح: بأنهم مُصَرِّحُونَ بالشَّهَادَةِ على شهادة الأصول، ولم يَشْهَدُوا فِعْلاً، ولا سَمِعُوا قَوْلاً.

فإن قلنا بالأول، فمن قام بأحد شَطْرَي البَيِّنَةِ، لا يَقُومُ بالثاني كالأُصُولِ.

وإن قلنا بالثاني، فلا بَأْسَ، كما لو شَهِدَ على إقرار شَخْصَيْنِ.

ويمكن أن يكون الخِلاَفُ الذي مَرَّ في أن التَّسَاهُلَ لَهُنَّ مَدْخَلٌ في الشهادة على الشهادة مَبْنِيّاً على هذا الأَصْلِ؛ وقضيته[(٤)] إِثْبَات خِلاَفٍ في أنه هل يَجُوزُ أن يَشْهَدَ فَرْعٌ على شهادة هذا؟ وفَرْعٌ على شهادة هذا؟ لكن لم يَذْكُرُوا فيه خِلاَفاً.

ثم في «التهذيب» أن أَصَحَّ القولين: أنه لا يجوز أن يَشْهَدَ اثْنَانِ على شهادة الأصلين معاً، وكذا ذكره أبو الفَرَجِ السَّرَخْسِيُّ. وربما سموه الجديد ومقابله القديم، ولكن أصحابنا العِرَاقِيُّونَ رَجَّحُوا الجَوَازَ، وإليه ذهب الإمام، وصاحب الكِتَابِ، والرُّويانيُّ، وصاحب العدة ـ رحمهم الله ـ.

فإن قلنا بالمَنْعِ، فلو أقام شَاهِدَيْنِ على شهادة الأصلين معاً، فله أن يجيب على أيهما شاء ويَحْلِفَ معه، ولو شَهِدَ أَرْبَعَةٌ على شهادة الأصلين فوجهان:

أحدهما: المَنْعُ أيضاً؛ لأنهم جميعاً إذا قاموا مقام شَاهِدٍ وَاحِدٍ، لا يَقُومُونَ مَقَامَ الثَّانِي.

والثاني: يجوز، لأنه قد شَهِدَ اثنان منهم على شَهَادَةِ زَيْدٍ، واثنان على شَهَادَةِ عمرو، فلا يَضُرُّ تَعَرُّضُ شَاهِدَيْ زيد، لشهادة عمرو، وبالعَكْسِ.

---

(١) سقط في: أ.
(٢) في ز: شهادتيه.
(٣) سقط في: أ.
(٤) في ز: وقضية.

قال الإمام: وهذا هو الذي لا يَجُوزُ غيره، وجَمِيعُ ما ذكرنا فيما إذا شَهِدَ الفُرُوعُ على شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ، فإن شَهِدُوا على شَهَادَةِ رجل وامرأتين، فعلى القول الأول، لاَ بُدَّ من سِتَّةٍ؛ يَشْهَدُ كل اثنين منهم على شَهَادَةِ وَاحِدٍ، وعلى الثَّاني، يكفي شَهَادَةُ الاثنين على شهادة الكُلِّ؛ وإن شَهِدُوا عَلَى شَهَادَةِ أربع نِسْوَةٍ في وِلاَدَةٍ، أو رِضَاعٍ، فعلى الأول، لاَ بُدَّ من ثمانية؛ يَشْهَدُ كُلُّ اثْنَيْنِ على شَهَادَةِ واحدة، وعلى الثاني، يكفي اثْنَانِ للكل.

وعلى الوَجهِ الثَّاني، نقله القَاضِي ابْنُ كَجٍّ في أن شَهَادَةَ النِّسَاءِ على [شهادة][1] النساء مَقْبُولَةٌ في الوِلاَدَةِ.

وحكى وَجْهَيْنِ في أنه يكفي شَهَادَةُ أربع على شَهَادَةِ أربع، أم لاَ بُدَّ من سِتَّ عَشْرَةَ؟ ليشهد كُلُّ أربع مِنْهُنَّ على واحدة، ولو شهد على شَهَادَةِ الفُرُوعِ فُرُوعٌ، واعتبرنا أن يَشْهَدَ فَرعانِ على شَهَادَةِ أَصْلٍ، وآخران على شَهَادَةِ الأصل الثاني، فيجب أن يَشْهَدَ على شَهَادَةِ كُلِّ فَرْعٍ من الفروع الأربعة اثْنَانِ، [فيجتمع][2] ثمانية ثم شهادتهم لا تَثْبُتُ إلا بِسِتَّةَ عَشَرَ. وعلى هذا القِيَاسُ.

وإذا قلنا: بِجَرَيَانِ الشَّهَادَةِ على الشهادة في حدود الله تَعَالَى، فتثبت شهادة الزِّنَا بأربعة؟ أم يكفي اثنان؟ فيه قولان كالقَوْلَيْنِ في الإِقْرَارِ بالزِّنَا.

ووجه الشَّبَهِ، أن كُلّ واحد منهما قَوْلٌ يَثْبُتُ به الزِّنَا، ويَتَوَلَّدُ من ازْدِوَاجِ هذا الأَصْلِ، والأصل السابق، وهو أنه هل يُعْتَبَرُ أن يَشْهَدَ على شَهَادَةِ كُلِّ أصل فَرْعَانِ؟

أربعة أقوال في عَدَدِ الفُرُوعِ في الزِّنَا. فإن قلنا: تَثْبُتُ شَهَادَةُ الزنا باثنين، وقلنا: تجوز شَهَادَةُ فَرْعَيْنِ على شهادة الأَصْلَيْنِ مَعاً، كفى اثنان.

وإن قلنا: تَثْبُتُ شَهَادَةُ الزِّنَا باثنين، ولكن يُعْتَبَرُ أن يشهد على شَهَادَةِ كل أصل فَرْعَانِ، فلا بد من ثَمَانِيَة. وإن قلنا: إن شَهَادَةَ الزِّنَا لا تَثْبُتُ إلا بأربعة، فإن قلنا: تجوز شَهَادَةُ فَرْعَيْنِ على شهادة الأَصْلَيْنِ معاً، كفى ههنا أن يَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ على شهادة الأربعة الأُصُولِ فإن قلنا: يُعْتَبَرُ أن يَشْهَدَ على شهادة كُلِّ أصل فَرْعَانِ، فههنا يجب أن يَشْهَدَ على شَهَادَةِ كُلِّ وَاحِدٍ من الأربعة أَرْبَعَةٌ. فيجتمع سِتَّةَ عَشَرَ. وهذا إذا فَرَّعْنَا على جَرَيَانِ الشهادة على الشَّهَادَةِ في الحدود، والأَصَحُّ المَنْعُ على ما تَقَدَّمَ. والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الرَّابِعُ: أَنَّهُ لاَ يَسْمَعُ شَهَادَةَ الفَرْعِ إِلاَّ إِذَا مَاتَ الأَصْلُ أَوْ مَرِضَ مَرَضاً يَشُقُّ عَلَيْهِ الحُضُورُ أَوْ غَابَ فَوْقَ مَسَافَةِ القَصْرِ، فَإِنْ كَانَ دُونَهَا وَفَوْقَ مَسَافَةِ العَدْوَى فَوَجْهَانِ، وَخَوْفُ الغَرِيمِ وَكُلّ مَا تُتْرَكُ بِهِ الجُمْعَةُ كَالمَرَضِ.

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: يجتمع.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصل الرَّابعُ في أن شَهَادَةَ الفرع[١]، متى تُسْمَعُ؟ وإنما تُسْمَعُ شَهَادَةُ الفرع، إذا تَعَذَّرَ الوُصُولُ إلى شَهَادَةِ الأَصْلِ، أو تَعَسَّرَ، وإلا ازداد احْتِمَالُ الخَطَإِ والخَلَلُ من غير ضَرُورَةٍ حاجة حاقة. ويخالف الرواية، فإنها أَوْسَعُ بَاباً.

وحكى القاضي أبو سَعْدٍ الهَرَوِيُّ وَجْهاً عن نقل صاحب «التلخيص»[٢]، أنه تُقْبَلُ شَهَادَةُ الفُرُوعِ، وإن حَضر الأصول، والمَذْهَبُ المَشْهُورُ الأَوَّل.

فمن وجوه التَّعَذُّرِ مَوْتُ الأَصْلِ، وأُلْحِقَ به العَمَى، ومن وجوهه المَرَضُ، ولا يشترط ألا يمكنه الحضور، وإنما المُعْتَبَرُ، أن يَنَالَهُ في الحضور مَشَقَّةٌ ظَاهِرَةٌ، ويلحق خوف الغَرِيمِ وسائر ما يترك به الجمعة بالمرض، هكذا أَطْلَقَ الإِمَامُ، وصاحب الكتاب.

ولكن ذلك في الأَعْذَارِ الخاصة[٣] دون ما يَعُمُّ الأُصُول، والفروع، كالمَطَرِ، والوَحْلِ الشَّدِيدِ[٤].

ولا يكلّف القاضي أن يحضر عند شاهد الأصل، أو يبعث إليه نائبه، لما فيه من الابْتِذَالِ.

ومنها الغَيْبَةُ إلى مَسَافَةِ القَصْرِ، وإن كانت دون مَسَافَةِ القَصْرِ، فمنهم مَنْ أَطْلَقَ وجهين، وكذلك، يُحْكَى عن ابن القَطَّانِ.

والأَشْبَهُ، أنه إن كانت المَسَافَةُ بحيث لو خَرَجَ الأَصْلُ بُكْرَةً لأداء الشَّهَادَةِ، أمكنه الرجوع إلى أَهْلِهِ ليلاً فلا تُسْمَعُ شَهَادَةُ الفرع. وتُسَمَّىٰ هذه المَسَافةُ، مَسَافَةَ العَدْوَى. وإن كانت بحيث لا يمكنه الرُّجُوعُ، فهو مَوْضِعُ الوجهين، والتَّفْصِيلُ هو المَذْكُورُ في الكتاب.

---

(١) في أ: الفروع. (٢) في أ: الأصحاب.

(٣) في أ: الحاصلة.

(٤) قال الزركشي فيه أمران:

أحدهما: أن هذا الضابط الذي ذكره الإمام في المرض أنه ما يجوز لأجله ترك الجمعة بعيد نقلاً وعقلاً أما النقل فإن الشيخ أبا علي قال: المرض المجوز هنا أن يكون صاحب فراش في المرض. حكاه عنه ابن أبي الدم وقال: إنه ظاهر، وفي البحر ما يمنع من حضور مجلس الحكم. وأما العقل فلأن العجز هنا مخالف للعجز في الجمعة فلا يحسن اعتبار أحد البابين بالآخر ألا ترى أن الزمن القادر على أجرة يصرفها إلى من يحمله إلى الجمعة يجب عليه صرف أجرة المثل في ذلك، وقد قالوا: الزمانة في الشهادة بمنزلة المرض وليست كالمرض في الجمعة فإن المرض عليه بذل أجرة تحمله إلى الجمعة. ذكره ابن أبي الدم وهو ظاهر.

الثاني: أن إلحاقه سائر أعذار الجمعة بالمرض لا يمكن القول به على إطلاقه، فإن أكل ما له ريح كريه ونحوه عذر في الجمعة ولا يقول أحد ها هنا إن أكل شهود الأصل ذلك يسوغ سماع الشهادة على شهادتهم.

والطَّرِيقَانِ كما ذَكَرْنَا من الطريقين فيما إذا غاب الوَلِيُّ الأَقْرَبُ، إلى ما دون مَسَافَةِ القَصْرِ أنه هل يكون ذلك كالغَيْبَةِ إلى مَسَافَةِ القَصْرِ؟ لكن الأَظْهَرَ ههنا فيما فَوْقَ مَسَافَةِ العَدْوَى، قَبُولُ شَهَادَةِ الفَرْعِ؛ لأن الوَلِيَّ إذا رُوجِعَ، لم يحتج إلى الحُضُورِ، بل يوكل. والشاهد يَحْتَاجُ إلى الحُضُورِ، وأيضاً فالخَصْمُ قد يَهْرِبُ، فيفوت الحَقُّ، والنكاح لا يَفُوتُ غالباً بهذا القَدْرِ من التأخير.

وعِبَارَةُ جَمَاعَةٍ من الأصحاب: أن الغائب إن كان يَلْحَقُهُ مَشَقَّةٌ غَلِيظَةٌ في المجيء إلى مجلس الحُكْمِ، لم يُكَلَّفْ، وسُمِعَتْ شَهَادَةُ الفروع.

وهذا يجوز أن يُحْمَلَ على المَشَقَّةِ اللاَّحِقَةِ بالمجيء فيما فوق مَسَافَةِ العَدْوَىٰ، ويجوز أن يجعل أَعَمَّ من ذلك، وإلى المَحَلِّ الأَوَّلِ، مَيْلُ ابن الصَّبَّاغ. وقوله في الكتاب: «أنه لا تُسْمَعُ شهادة الفرع...» إلى آخره، يمكن أن يُعْلَمَ بالواو؛ لأن ما نقله صاحب «التلخيص»، يسمعها وإن لم يوجد شيء من الحالات المستثناة[1].

وقوله: «أو غاب فَوْقَ مَسَافَةِ القصر»، كلمة «فوق»، لا حَاجَةَ إليها، بل مَسَافَةُ القَصْرِ كَمَا فَوْقَهَا في الحُكْمِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَيسَ عَلَى شُهُودِ الفَرْعِ تَزْكِيَةُ الأَصْلِ، لَكِنْ لَوْ زُكُّوا ثَبَتَتْ عَدَالَتُهُمْ وَشَهَادَتُهُمْ بِقَوْلِ الفَرْعِ، وَلَيسَ عَلَيْهِمْ أَنْ يَشْهَدُوا عَلَى صِدْقِ شُهُودِ الأَصْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجب على الفُرُوعِ تَسْمِيَةُ شُهُودِ الأصل، وتعريفهم؛ لأنه لاَ بُدَّ من مَعْرِفَةِ عَدَالَتِهِمْ. وما لم يعرفوا، لا[2] تَعرف عدالتهم، ولو وَصَفُوا الأُصُولَ بالعَدَالَةِ، ولم يُسَمُّوهُمْ؛ بأن قالوا: يشهد على شهادة عدلين، أو عُدُولٍ، لم يَجُزْ؛ لأن القَاضِيَ قد يعرفهم بالجرح[3] لو سموا، ولأنه يَسُدُّ باب الجرح على الخَصْمِ، ولا يُشْتَرَطُ في شَهَادَةِ الفَرْعِ تَزْكِيَةُ[4] شهود الأصل، بل لهم إِطْلاَقُ الشَّهَادَةِ، ثم القاضي يبحث عن عَدَالَتِهِمْ.

ويُرْوَىٰ عن أبي حَنِيفَةَ ومَالِكٍ ـ رحمهما الله ـ اشْتِرَاطُهَا، ونقله صاحب «التهذيب» وَجْهاً للأصحاب ـ رحمهم الله ـ أيضاً.

وفي «الجُرْجَانِيَّاتِ» لأبي العَبَّاسِ الرُّويَانِيِّ تَفْرِيعاً على مَا مَرَّ، أنه لو فَسَقَ شَاهِدُ الأَصْلِ، ثم تَابَ، لم يَكُن لِلْفَرْعِ أن يَشْهَدَ على شهادته إلا بإشهاد جديد[5] أنه لا بد لِلْفُرُوعِ من أن يقولوا: أَشْهَدَنَا على شَهَادَتِهِ، وكان عَدْلاً إلى اليَوْمِ، أو إلى أن مَاتَ،

---

(١) في أ: المنشأة.
(٢) في ز: ألا.
(٣) في ز: بالخرج.
(٤) في ز: تركته.
(٥) في ز: شهادة الآباء شهادة جديدة، حكاية وجه.

[إن كان قد مَاتَ][1]. وإذا قلنا بعدم الاشْتِرَاطِ، فلو أنهم زَكُّوْهُمْ وهم بِصِفَاتِ المُزَكِّيْنِ، فالمَشْهُودُ أنه تَثْبُتُ عَدَالَتُهُمْ والمشهور فيما إذا شهد اثنان في وَاقِعَةٍ، وزكّى أَحَدُهُمَا الثاني، أنه لا تثبت عَدَالَةُ الثاني، فمنهم مَنْ جَعَلَهَا على وجهين، كأنه خَرَّجَ في كل صورة من الأخرى.

والصحيح الفرق، وَوُجِّهَ: بأن تَزْكِيَةَ الفُرُوعِ الأُصُولَ من تَتِمَّةِ شهادتهم، ولذلك شَرَطَ شَارِطُونَ تَعَرُّضَهُمْ لها، وهناك قَامَ الذي يزكّي بأحد شَطْرَي الشَّهَادَةِ، فلا يجوز له القِيَامُ بالثاني، ولا يجب أن يَتَعَرَّضَ الفروع في شَهَادَتِهِمْ لِصِدْقِ الأصول؛ فإنهم لا يعرفونه. بخلاف ما إذا حَلَفَ المُدَّعِي مع الشاهد الوَاحِدِ، حيث يَتَعَرَّضُ لِصِدْقِهِ؛ لأنه يعرفه. ولْيُعَلَّمْ لما ذكرنا قَوْلُهُ في الكتاب: «وليس على شهود الأصل» بالحاء، والميم، والواو.

وقوله: «تثبت عدالتهم» بالواو. والله أعلم.

ٱلْبَابُ ٱلسَّادِسُ فِي الرُّجُوعِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالنَّظَرُ فِي العُقُوبَةِ وَالبُضْعِ وَالمَالِ (أَمَّا العُقُوبَةُ): فَالرُّجُوعُ قَبْلَ القِصَاصِ يَمْنَعُ القَضَاءَ، وَيَجِبُ حَدُّ القَذْفِ إِنْ شَهِدُوا بِالزِّنَا، وَإِنْ قَالُوا: غَلِطْنَا، فَفِي الحَدِّ وَجْهَانِ، وَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالرُّجُوعِ، وَلَكِنْ قَالَ لِلقَاضِي: تَوَقَّفْ ثُمَّ عَادَ. وَقَالَ: اَقْضِ، فَفِي جَوَازِ القَضَاءِ بِهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ جَازَ، فَفِي وُجُوبِ الإِعَادَةِ وَجْهَانِ، فَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ القَضَاءِ، فَفِي ٱلاسْتِيفَاءِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ، وَعَلَى الثَّالِثِ يُسْتَوْفَى حُقُوقُ الآدَمِيِّينَ دُونَ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى، أَمَّا المَالُ فَيُسْتَوْفَى قَطْعاً، وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ القَتْلِ، وَجَبَ عَلَيْهِ القِصَاصُ إِنْ قَالَ: تَعَمَّدتُّ، وَلَوْ رَجَعَ وَلِيُّ القَاضِي، وَهُوَ الَّذِي بَاشَرَ فَعَلَيْهِ القِصَاصُ، وَالشَّاهِدُ مَعَهُ كَالمُمْسِكِ أَوْ كَالشَّرِيكِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالمُزَكِّي إِذَا رَجَعَ كَالمُمْسِكِ مَعَ الشَّاهِدِ أَوْ كَالشَّرِيكِ؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ بَعْضُهُمْ: أَخْطَأْتُ فَلاَ قِصَاصَ عَلَى العَامِدِ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكُ خَاطِئٍ، وَلَوْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ: تَعَمَّدتُّ وَأَخْطَأَ شَرِيكِي، فَفِي القِصَاصِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: تَعَمَّدتُّ، وَلَكِنْ مَا عَلِمْتُ أَنَّهُ يُقْتَلُ بِقَوْلِي، فَلاَ قِصَاصَ عَلَى الأَظْهَرِ، وَلَوْ ضَرَبَهُ ضَرْباً يَقْتُلُ المَرِيضَ دُونَ الصَّحِيحِ، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مَرِيضٌ، وَجَبَ القِصَاصُ عَلَى الأَظْهَرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: رُجُوعُ الشُّهُودِ عن الشَّهَادَةِ؛ إما أن يُفْرَضَ قبل القَضَاءِ بِشَهَادَتِهِمْ، أو بعده:

---

(١) سقط في: أ.

الحالة الأولى: إذا رجعوا قبل القَضَاءِ؛ فيمتنع القَضَاءُ، لأنه لا يَدْرِي أنهم صَدَقُوا في الأول، أو في الآخر، فلا يَبْقَى ظَنُّ الصِّدْقِ.

ثم إن اعْتَرَفُوا بأنهم تَعَمَّدُوا الكَذِبَ، فهم فَسَقَةٌ يستترون، وإن قالوا: غلطنا[١]، لم يَفْسُقُوا[٢]، لكن لا تُقْبَلُ تلك الشَّهَادة لو أَعَادُوهَا.

وقد ذكرنا هذا من قَبْلُ، ولو كانوا قد شَهِدُوا بالزِّنَا، فَرَجَعُوا، واعترفوا بالتَّعَمُّدِ، فَسَقُوا، وحُدُّوا حَدَّ القَذْفِ. وإن قالوا: غَلِطْنَا، ففي حَدِّ القَذْفِ وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن الغَالِطَ مَعْذُورٌ.

وأظهرهما: الوجوب؛ لما فيه من التغيير. وكان من حَقِّهِم التَّثَبُّتُ، والاحْتِيَاطُ، وعلى هذا تُرد شهادتهم. وإن قلنا: لا حَدَّ، فلا رَدَّ.

ولو قال الشُّهُودُ للقاضي بعد الشهادة: تَوَقَّفْ في القَضَاءِ، وجب التوقيف فإن قالوا بعد ذلك: اقْضِ فنحن على شَهَادَتِنَا، ففي جَوَازِ القَضَاءِ بِشَهَادَتِهِمْ وجهان:

المنع؛ لأن قولهم: تَوَقَّفْ، يورث الرِّيبَةَ، والتُّهْمَةَ، في شهادتهم، ولأنه طَرَأَ على الشَّهَادَةِ ما يَمْنَعُ الحُكْمَ بها، فَأَشْبَهَ ما لو طَرَأَ الفِسْقُ.

وأقربهما، وبه أجاب بَعْضُ أصحاب الإمام؛ الجَوَازُ لأنه لم يَتَحَقَّقْ رجوع. ولا بطلت[٣] أَهْلِيَّةٌ، وإن عَرَضَ شَكٌّ، فقد زَالَ. وعلى هذا فهل يجب إِعَادَةُ الشهادة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لِبُطْلاَنِ تلك الشَّهَادَةِ بما عَرَضَ من التوقف.

وأَوْلاَهُمَا: لا؛ لأنها صَدَرَتْ من أهل الشهادة، جازم بها، والتوقف الطَّارِئُ قد زَالَ، وكأنه لم يَكُنْ.

---

(١) في ز: أغلطنا.

(٢) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: إذا رجع بعضهم قبل القضاء فإن بقي النصاب لم يمتنع الحكم، وإن بقي دون النصاب كأن بقي واحد، فإن كان الحق مما يثبت بالشاهد واليمين فللمدعي أن يحلف مع شاهده الثابت على شهادته ولا يكون رجوع رفيقه قدحاً في شهادتهم.
وقال أيضاً: لو قال الشاهدان كنا فاسقين وقت أداء الشهادة فقد ذكر المصنفان في كتاب النكاح أنه لا اعتبار بقول الشاهدين كنا فاسقين حالة العقد كما لا اعتبار بقولهم كنا فاسقين بعد الحكم بشهادتهما.
ومقتضى ذلك أنه لو كان قبل الحكم بشهادتهما كان ذلك مانعاً له من الحكم، وقياسه لو قالا كنا عدوين للمشهود عليه، إن كان بعد الحكم لم يؤثر، وإن كان قبله امتنع عليه القضاء.

(٣) في ز: ولا يطلب.

الحالة الثانية: إذا رَجَعُوا بعد القضاء، فَرُجُوعُهُمْ؛ إما أن يكون قَبْلَ الاسْتِيفَاءِ، أو بعده. وإن رَجَعُوا قبل الاسْتِيفَاءِ، نُظِرَ: إن كانت الشَّهَادَةُ في مال فَيُسْتَوْفَى؛ لأن القَضَاءَ قد نَفَذَ به، وليس هو مما يُسْقِطُ الشُّبْهَةَ، حتى يَتَأَثَّرَ بالرجوع. هذا هو المَنْصُوصُ.

والأصح، وفيه وجه؛ أنه لا يُسْتَوْفَى إذ الحُكْمُ لم يسْتَقِرَّ بعد، والظَّنُّ قد اخْتَلَّ بالرجوع. وعلى هذا، فلو كانت الشهادة في القِصَاصِ، أو حَدِّ القَذْفِ، فعدم الاسْتِيفَاءِ أَوْلَى، لكونهما عُقُوبَتَانِ تسقطَان بالشبهة.

وعلى الأول، فيه وجهان: أصحهما المنع، أيضاً لما ذكرنا.

وَوَجهُ جَوَازِ الاستيفاء؛ أن حُقُوقَ الآدَمِيِّينَ مَبْنِيَّةٌ على الضيق، وإن كانت الشَّهَادَةُ في حدود الله تعالى؛ فَأَوْلَى بألاّ يُسْتَوْفى. وإن كانت الشَّهَادَةُ في شيء من العُقُودِ، فتُمضَى على الأَصَحِّ، كما أن الأَمْوَالَ تُسْتَوْفَى. ومنهم من جعل النكاح كَحَدِّ القَذْفِ، والقِصَاصِ. ويخرج من الخلاف المَنْقُولِ في العُقُوبَاتِ، فمطلقها، ثلاثة أوجه، كما ذكر في الكتاب.

ثالثها: الفرق بين عُقُوبَاتِ الآدَمِيِّين، وبين حُدُودِ الله تَعَالَى. وحيث قارنا بالاسْتِيفَاءِ بعد الرُّجُوعِ، فَاسْتَوْفَى، فالحُكْمُ كما لو رجعوا بعد الاسْتِيفَاءِ، وإن رَجَعُوا بعد الاسْتِيفَاءِ، لم يُنْقَضِ الحُكْمُ، خلافاً لمالك فيما يُحْكَى.

ثم لا يخلو ما إن كانت الشَّهَادةُ فيما يُتَعَذَّرُ رَدُّهُ، وتَدَارُكُهُ، أو فيما لا يُتَعَذَّرُ.

القِسْمُ الأول: ما يُتَعَذَّرُ تَدَارُكُهُ؛ وهو نوعان:

أحدهما: العُقُوبَاتُ؛ فإذا شهدوا بالقَتْلِ، فاقْتُصَّ من المَشْهُودِ عليه، ثم رجعوا، وقالوا: تَعَمَّدْنَا قَتْلَهُ، فعليهم القِصَاصُ، أو الدِّيَةُ المُغَلَّظَةُ، مُوَزَّعَةً على عدد رُؤُوسِهِمْ، على ما هو مذكور، مع خِلَافِ أبي حَنِيفَةَ في الجِنَايَاتِ.

وكذا الحُكْمُ لو شَهِدُوا بالرِّدَّةِ، فَقُتِلَ، أو على المُحْصَنِ بالزنا فرُجِمَ، أو على غير المُحْصَنِ، فَجُلِدَ، ومات منه، أو على إِنْسَانٍ بالسَّرِقَةِ، أو بالقَطْعِ، فَقُطِعَت يَدَهُ[1] أو بالقَذْفِ، وشُرْبِ الخَمْرِ، فَجُلِدَ وَمَاتَ منه، ثم رجعوا؛ ويُحَدُّونَ في شهادة الزِّنَا كَحَدِّ القَذْفِ أو لا ذكر أبو الحسن العَبَّادِيُّ احْتِمَالَيْنِ في أنهم يُرْجَمُونَ، أو يُقْتَلُونَ بالسَّيْفِ، والأظهر الأَوَّل. ثم الكَلَامُ في صُوَرٍ:

إحداها[2]، لو رجع القَاضِي دُونَ الشُّهُودِ، واعترف بالتَّعَمُّدِ، فعليه القِصَاصُ، أو الدِّيَةُ المُغَلَّظَةُ بِكَمَالِهَا.

---

(١) في ز: به.
(٢) في ز: إحداهما.

ولو رجع القاضي والشُّهُودُ جميعاً، فعليهم القِصَاصُ.

وإن قالوا: أَخْطَأْنَا، أو عفى عنهم، فالدِّيَةُ مُنَصَّفة[1]؛ نِصْفُهَا على القاضي، والنِّصْفُ على الشهود. هكذا أَوْرَدَ المَسْأَلَةَ صَاحِبُ «التهذيب»، وغيره، وقِيَاسُهُ: ألاَّ يجب كَمَالُ الدِّيَة عند رُجَوعِهِ وَحْدَهُ، كما لو رجع بَعْضُ الشُّهُودِ[2]. ولو رجع وَلِيُّ الدَّمِ وَحْدَهُ، فعليه القِصَاصُ، أو كَمَالُ الدِّيَةِ. ولو رجع مع الشهود فَوَجْهَانِ:

أحدهما: أن القِصَاصَ، أو الدِّيَةَ بِكَمَالِهَا، على الوَلِيِّ؛ لأنه المُبَاشِرُ، وهم معه. كالمُمْسِكِ[3] مع القاتل[4]، ولا قِصَاصَ، ولا دِيَةَ، وهذا أَظْهَرُ عند الإِمَامِ.

والثاني: وهو الأَصَحُّ، عند صاحب «التهذيب»، أنهم معه كالشَّرِيكَيْنِ، لتعاونهم على القَتْلِ، ولَيْسُوا كالمُمْسِكِ مع القاتل؛ فإنهم صَوَّرُوهُ بِصُورَةِ المحصن[5]، وعلى هذا، فعليهم جميعاً القِصَاصُ، أو الدِّيَةُ مُنَصَّفَةً؛ نِصْفُهَا على الوَلِيِّ، والنِّصْفُ على الشهود.

ولو رجع القَاضِي معهم فالدِّيَةُ مُثَلَّثَةٌ؛ ثُلُثُهَا على القاضي، وثُلُثُهَا على الوَلِيِّ، وثُلُثُهَا على الشهود. وينبغي ألا يجب على هذا الوجه، كمالُ الدِّيَةِ على الوَلِيِّ؛ إذا رجع وَحدَهُ[6].

---

(١) في أ: مناصفة.

(٢) وما ذكره من قياس إيجاب النصف على القاضي فيما إذا رجع وحده ممنوع والفرق أن القاضي قد يستقل بالمباشرة فيما إذا قضى بعلمه بخلاف الشاهد وقد رده ابن الرفعة أيضاً وقال: لو صح ما قاله الرافعي من أنه لا يطالب المنفرد إلا بما يطالب عند الاجتماع لاقتضى ألا يجب على الشهود إذا انفردوا بالرجوع سوى النصف بل لا يطالبون بشيء بناء على أن الكل إذا رجعوا يختص الغرم بالولي، ولاقتضى ألا يطالب القاضي بشيء عند انفراده على أن النصاب إذا بقي بعد الرجوع لا يغرم الراجع شيئاً بل توجيه الأصحاب القول بوجوب الغرم على القاضي، والشهود عند رجوعهم بأنهم بمنزلة القاتلين يقتضي عدم الانفراد القطع بإيجاب الجميع؛ لأن أحد القاتلين لو انفرد لغرم الجميع وفارق رجوع أحد الشهود فإنهم بجملتهم كالقاتل الواحد إذ لا ينفرد أحدهم بالقتل. انتهى. قاله في الخادم.

(٣) في ز: كالمسلك. (٤) في ز: القابل.

(٥) في ز: المحقين.

(٦) قال النووي: لم يرجح الرافعي واحداً من الوجهين، بل حكى اختلاف الإمام والبغوي في الصحيح، والأصح ما صححه الإمام وقد سبق في أول كتاب الجنايات من هذا الكتاب القطع به، فهو الأصح نقلاً ودليلاً. والله أعلم.

قال الشيخ البلقيني: لم يسبق في أول كتاب الجنايات هذه الصورة وهي رجوع الولي والشهود، والذي ذكر في الجنايات أن يعترف الولي بكونه عالماً بكذبهم فيما شهدوا به وهذا أخص من صورة رجوع الولي مع الشهود التي فيها الخلاف.

الثانية: رجوع المزكي هل يَتَعَلَّقُ به ضَمَانٌ وَقِصَاصٌ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأنه لم يَتَعَرَّضْ للمشهود عليه، وإنما أَثْنَى على الشَّاهِدِ، والحكم إنما يقع بِشَهَادَةِ الشاهد، فكان كالمُمْسِكِ مع القَاتِلِ.

والثاني: نعم؛ لأن التَّزْكِيَةَ تُلْجِيءُ القَاضِي إلى الحُكْم المُفْضِي إلى القَتْلِ. والأول، أصح عند صاحب «التهذيب»، ولكن الثاني أَوْفَقُ لكلام أكثرهم، وهو الذي أَوْرَدَهُ أبو الحسن العبادي. وفيه وَجهٌ ثالث: أنه يَتَعَلَّقُ به الضمان دون القِصَاصِ. ثم عن القَفَّالِ ـ رضي الله عنه ـ أن الخِلاَفَ فيما إذا قال المُزَكِّيَانِ: عَلِمْنَا أن الشَّاهِدَيْنِ كانا كَاذِبَيْنِ.

أما إذا قالا: عَلِمْنَا أنهما كانا فَاسِقَيْنِ، فلا شَيْءَ عليهما؛ لأنهما قد يَكُونَانِ صَادِقَيْنِ مع الفِسْقِ، وطَرَدَ الإِمَامُ الخِلاَفَ في الحالتين[(١)].

الثالثة: ما ذكرنا في وجوب القِصَاصِ على الشُّهُودِ الراجعين، فيما إذا قالوا: تَعَمَّدْنَا. أما إذا قالوا: أَخْطَأْنَا، وكان القَاتِلُ، أو الزَّانِي غيره، فلا قِصَاصَ، وتجب الدِّيَةُ مُخَفَّفَةً، لكن في ما لهم؛ لأن إِقْرَارَهُمْ لا يلزم العَاقِلَة، فإن صدقهم العَاقِلَةُ، فهي عليهم.

قال الإِمَامُ: وقد يرى[(٢)] القاضي، والحالَةُ هذه، تَعْزِيرَ الشُّهُودِ، لتركهم التحفظ.

ولو قال أَحَدُ شَاهِدَي القَتْلِ: تَعَمَّدتُ، ولا أَدْرِي أن صَاحِبِي تَعَمَّدَ، أم لا؟ أو اقتصر على قوله: تَعَمَّدْتُ، وقال صاحبه: أَخْطَأْتُ. فلا قِصَاصَ على واحد منهما.

أما من قال: أَخْطَأْتُ، فظاهر، وأما الآخر، فلأنه شَرِيكٌ مُخْطِيءٌ، وشريك المُخْطِيءِ لا يُقْتَلُ في الجُرْحِ، وقسط المخطيء من الدِّيَةِ يكون مُخَفَّفاً، وقِسْطُ التعمد مُغَلَّظاً. ولو قال كل واحد منهما: تَعَمَّدْتُ، وأخطأ صَاحِبِي، ففي القِصَاصِ وجهان:

أحدهما: يجب القِصَاص، لاعتراف كُلٍّ واحد منهما بالعَمْدِيَّةِ، وثبوتها باعترافه.

---

(١) ما حكاه عن القفال تبع فيه البغوي في التهذيب، لكن الذي في فتاوى القفال ما نصه: إذا رجع المزكون دون الشهود نظر، فإن قالوا كانوا فسقة ولكنا زكيناهم متعمدين، وكذبنا في التزكية، فلا شيء على المزكين بهذا القول، وإن قالوا: علمنا أنهم كاذبون، لأنهم قالوا: لسنا شهوداً ولكن نريد أن نشهد بالكذب فلا شيء على المزكين أيضاً بالرجوع على ظاهر المذهب، ومن أصحابنا من قال: يجب الغرم بقسطه وإن قالوا: إنهم كانوا فاسقين ولكنا تعمدنا ذلك ورجع الشهود، وقالوا: كذبنا في هذه الشهادة فلا شيء على المزكين ههنا أما إن رجع الشهود وقال المزكون: نحن كذبنا في التعديل فإنهم كانوا كذبة ونحن نعلم، فإن ها هنا رجوع المزكين، وهنا يتصور رجوعه فعلى أحد الوجهين يجب على المزكين نصف الغرم، ثم إذا رجع المزكيان، والشاهدان فالغرم مناصفة، نصفه على المزكين، ونصفه على الشاهدين. انتهى. قاله في الخادم.

(٢) في ز: بريء.

وأصحهما: المنع؛ لأن كُلَّ واحد منهما لا يُقِرُّ إلا بِقَتْلٍ صَدَرَ من شريكين؛ أحدهما، مُخْطِئٌ، وأنه لا يوجب القِصَاصَ. ولا خِلَافَ في أن الدِّيَةَ تجب عليهما مُغَلَّظَةً.

ولو قال أحدهما: تَعَمَّدْتُ، وأخطأ صَاحِبِي، أو قال: لا أَدرِي أن صاحبي تَعَمَّدَ، أو أَخْطَأَ، وصاحبه غَائِبٌ، أو مَيِّتٌ، لا يمكن مُرَاجَعَتُهُ، فلا قِصَاصَ عليه. وإن قال: تَعَمَّدْتُ، وتَعَمَّدَ صَاحِبِي، وصاحبه غَائِبٌ، أو ميت، فعليه القِصَاصُ. وإن قال: تَعَمَّدْتُ، ولا أدري حَالَ صَاحِبِي، وقال صاحبه مِثْلَ ذلك، أو اقْتَصَرَ على قوله: تَعَمَّدْتُ، فالجَوَابُ في «التهذيب» وغيره، وُجُوبُ القِصَاصِ عليهما.

ولو قال أحدهما: تَعَمَّدْتُ أنا وصاحبي، وقال صَاحِبُهُ: أَخْطَأْتُ، أو أَخْطَأْنَا معاً، فلا قِصَاصَ على الثاني، وفي الأَوَّلِ وجهان:

أصحهما: الوجوب؛ لإِقْرَارِهِ بِتَعَمّدِهِمَا جميعاً.

ووجه الثاني: أن قول الثاني في أنه مُخْطِئٌ مَقْبُولٌ، فيكون الأول شَرِيكَ المُخْطِىءِ.

ولو قال أحدهما: تَعَمَّدْتُ أنا وصاحبي، وقال صَاحِبُهُ: تَعَمَّدْتُ، وأخطأ هو، فيجب القِصَاصُ على الأول. وفي الثاني وَجْهَانِ: الأصح - المنع؛ لأنه لم يَعْتَرِفْ إلا بِقَتْلٍ، شَرِيكُهُ فيه مُخْطِىءٌ. ولو رجع أحد الشَّاهِدَيْنِ، وأَصَرَّ الآخَرُ، وقال الرَّاجِعُ: تَعَمَّدْنا، فعليه القِصَاصُ. وإن اقْتَصَرَ على قوله: تَعَمَّدْتُ، فلا.

الرابعة: ما ذكرنا من وجوب القِصَاصِ على الشُّهُودِ، والرَّاجِعين فيما إذا قال: تَعَمَّدْنَا، وعَلِمْنَا أنه يقتل بما شَهِدْنَا عليه. أما إذا قالُوا: تَعَمَّدْنَا، ولكن لم نعلم أنه يُقتل، فإن كان ممن لا يَخْفَى عليهم [ذلك،][(١)] وجب القِصَاصُ، ولا اعْتِبَارَ بما يقولون؛ كمن رَمَى سَهْماً إلى إنسان، واعْتَرَفَ بأنه قَصَدَهُ، ولكن قال: لا[(٢)] أعلم أنه يبلغه.

وإن[(٣)] كانوا ممن يجوز خَفَاؤهُ عليهم، لِقُرْبِ عَهْدِهِمْ بالإسلام، فالمَشْهُورُ: أنه شِبْهُ عَمْدٍ، لا يُوجب القِصَاص.

ومَالَ الإمام إلى وُجُوبِهِ؛ أَخذاً مما لو ضُرِبَ المَرِيضُ ضَرْباً يَقْتُلُ المَرِيضَ دون الصحيح، وهو لا يَعْلَمُ أنه مَرِيضٌ، فيجب القِصَاصُ[(٤)] على الأَظْهَرِ، كما هو مُبَيَّنٌ في الجِنَايَاتِ.

---

(١) سقط في: أ.
(٢) في ز: لم.
(٣) في أ: فإن.
(٤) في أ: فإنه يجب.

وذكر القاضي الرُّويَانِيُّ نحو ذلك، وقال: سَمِعْتُهُ من بَعْضِ أصحابنا في النَّظَرِ.
هذا حكم القصاص.

وأما الدِّيَةُ؛ فالذي أَوْرَدَهُ عَامَّةُ الأصحاب: أنها تجب مُثَلَّثَةً، مُؤَجَّلَةً، لكن في مَالِهِمْ، إلا أن تصدقهم العَاقِلَة، فتكون عليهم. وحكى الفُورَانِيُّ عن نَصِّ الشافعي - رضي الله عنه -: أنها تَجِبُ حَالَّةً، وأن صاحب التقريب[١] حمل النَّصَّ على ما إذا كان قد مَضَى من قبل القَتْلِ ثَلاَثُ سنين.

وإن القَفَّالَ قال: تجب حَالَّةً بكل حَالٍ؛ لِتَعَدِّيهِمْ، وتَعَمُّدِهِمْ.

ولنعد إلى ما يَخْتَصُّ بلفظ الكتاب.

قوله: «والنظر في العقوبة والبضع، والمال»، يَرْجِعُ في المعنى إلى التَّقْسِيم الذي قَدَّمْنَاهُ، وهو أن المَشْهُودَ به، إما أن يَتَعَذَّرَ تَدَارُكُهُ، أو لا يَتَعَذَّرَ، والمُتَعَذِّرُ العُقُوبَاتُ، والأَبْضَاعُ. وغَيْرُ المُتَعَذِّرِ الأَمْوَالُ. لكن قوله: «فالرجوع قبل انقضاء» إلى قوله: «ففي وجوب الإعادة وجهان»؛ لا اختصاص له بالعُقُوبَةِ، بل هو شَامِلٌ لكل مشهود[٢] به.

وقوله: «وإن رَجع بعد القَضَاءِ»؛ يعني في العُقُوبَاتِ، وذلك بَيِّنٌ من تخصيصه[٣] على المَالِ من بَعْدُ، حيث قال: «أَمَّا المَالُ فيستوفى قطعاً» فكان الأَحْسَنُ أَلاَّ يُدْرِجَ المَسَائِلَ في قِسْمِ العُقُوبَاتِ؛ بل يذكرها قبل الشُّرُوعِ في الأَقْسَامِ، ثم يخُوضُ في الأقسام، ويُورِدُ في كُلِّ واحدٍ ما يَخْتَصُّ به.

وقوله: «ثلاثة أوجه»، يجوز إِعْلاَمُهُ بالواو؛ لأن من الأَصْحَابِ مَنْ قَطَعَ بأن حُدُودَ الله، لا يجوز اسْتِيفَاؤُهَا بعد الرُّجُوعِ.

وقوله: «ويُسْتَوْفَى قَطْعاً» كذلك لما سبق.

وقوله: «وجب عليه القصاص»، مُعَلَّمٌ بالحاء.

وقوله: «أنه كالممسك، أو كالشريك، فيه وجهان»؛ [الوجهان][٤]، يَشْمَلاَنِ القِصَاصَ، والدِّيَةَ؛ لأن المُمْسِكَ، ليس عليه قِصَاصٌ، ولا دِيَةَ. والشريك، يَتَعَلَّقُ بفعله القِصَاصُ، والدِّيَةُ. ثم ذكر الوجه الثالث الفارق بين القِصَاصِ، والدِّيَةِ.

وقوله: «ولو قال: تعمدت، ولكن ما علمت أنه يُقْتَلُ بِقَوْلِي». هذا يَدْخُلُ فيه ما إذا قال: لم أعلم أنه يقتل بما شَهِدْتُ عليه؛ بل ظَنَنْتُ أنه يحبس، أو يؤخذ منه المال وهي الصُّورَةُ التي ذَكَرْنَاهَا، وفَرَّقْنَا بَيْنَ أن يكون قَرِيبَ العَهْدِ بالإسلام، أو بَعِيدَهُ.

---

(١) في ز: القريب.
(٢) في ز: شهود.
(٣) في أ: موضعه.
(٤) سقط في: أ.

ويَدْخُلُ فيه، ما إذا قال: لم أعلم أنه يُقْتَلُ بِقَوْلِي؛ لأنني ظننت أني أجرح[١] بأسباب تَقْتَضِي الجرح، ويمكن أن يجعل هذا خَطَأً.

قوله: «ولو ضربه ضَرْباً يقتل المَرِيضَ دون الصحيح». هذه الصُّورَةُ مُكَرَّرَةٌ، وغرض الاسْتِشْهَادِ على ما حَكَيْنَا عن الإمام دعى إلى إعادتها.

فرع:

حكى القاضي ابْنُ كَجٍّ: أن أبا الحُسَيْنِ قال: لو رجع المَشْهُودُ، وقالوا: أَخْطَأْنَا، وادَّعَوْا: أن العَاقِلَةَ تَعْرِفُ أنهم أَخْطَأُوا، وعليهم الدِّيَةُ، فقالت العَاقِلَةُ: لا نَعْلَمُ، ليس للمشهود تَحْلِيفُهُمْ، وإنما يُطالب العاقلة، إذا قامت البَيِّنَةُ قال القاضي: ويُحْتَمَلُ أن يُقَالَ: لهم تَحْلِيفُهُمْ؛ لأنهم لو أَقَرُّوا، لَغَرِمُوا. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الطَّرَفُ الثَّانِي فِي البُضْعِ فَإِذَا رَجَعُوا بَعْدَ الشَّهَادَةِ عَلَى الطَّلاَقِ، وَبَعْدَ القَضَاءِ، نَفَذَ الطَّلاَقُ، وَعَلَيهِمُ الغُرْمُ، وَكَذَا فِي العِتْقِ وَالرَّضَاعِ المُحَرِّمِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: النوع الثَّانِي مما يَتَعَذَّرُ تَدَارُكُهُ غير العُقُوبَاتِ، فمنه الأَبْضَاعُ، فإذا شَهِدَ على طَلاَقٍ بَائِنٍ، كالطَّلاَقِ بالعِوَضِ، والطَّلْقَةِ الثَّالِثَةِ، أو على رَضَاعٍ مُحَرِّمٍ، أو لِعَانٍ، أو فَسْخٍ بِعَيْبٍ، أو غيرها من جهات الفِرَاقِ، وقضى القاضي بِشَهَادَتِهِمَا، ثم رَجَعَا، لم يُرَدَّ الفِرَاقُ؛ لأن قولهما في الرّجوع محتمل، فلا يُرَدُّ القَضَاءُ بِقَوْلٍ محتمل. لكن يجب الغُرْمُ على الشَّاهِدِينَ، سواء كان قَبْلَ الدُّخُولِ، أو بعده؛ لأنهم فَوَّتَا عليه ما يَتَقَوَّمُ، فَيُغَرَّمَانِ، كما لو شَهِدَا بِعِتْقِ عَبْدٍ، ثم رجعا.

وقال أبو حَنِيفَةَ، ومالك، وأحمد ـ رحمهم الله ـ: لا غُرْمَ عليهما بعد الدُّخُولِ، ثم الذي يُغَرَّمَانِ عندنا بعد الدخول، مَهْرُ المِثْلِ بِتَمَامِهِ؛ لأنه قِيمَةُ مَا فَوَّتَاهُ، وفيه قول: أنهما يُغَرَّمَانِ المُسَمَّىٰ؛ لأنه الذي فَاتَ على الزَّوْجِ مُتَقَوَّماً، والبُضْعُ ليس بِمُتَقَوَّمٍ في الحقيقة.

وأما قبل الدخول، فَرِوَايَةُ المُزَنِيِّ: أنهما يُغَرَّمَانِ مَهْرَ المِثْلِ بِتَمَامِهِ، ويُحْكَىٰ مِثْلُهُ عن رواية حَرْمَلَةَ، وروى الربيع: أنهما يُغَرَّمَانِ نِصْفَ مَهْرِ المِثْلِ.

ونص فيما إذا أَرْضَعَتْ زَوْجَتُهُ الكبيرة زَوجَتَهُ الصغيرة، وانْفَسَخَ النكاح: أن الكَبِيرَةَ تُغَرَّمُ نِصْفَ مَهْرِ المِثْلِ للصغيرة.

وللأصحاب ـ رحمهم الله ـ طُرُقٌ في مسألة الشهود:

أظهرهما: إثبات قولين: إما أَخْذاً بِرِوَايَةِ راويي المَذْهَبِ، الربيع والمزني ـ رضي

(١) في ز: أخرج.

الله عنهما ـ، وإما تَصَرُّفاً من نَصِّهِ ههنا، ونصه في الرَّضَاعِ بالتَّحْرِيمِ، وإليه ذهب الإِصْطَخْرِيُّ:

أحدهما: وهو اختيار المُزَنِيِّ: أن الشَّاهِدَيْنِ لا يُغَرِّمَانِ إلا النِّصْفَ؛ لأنه الذي فَاتَ على الزَّوْجِ، والنصف الثاني عَادَ إليه سَلِيماً، فصار كما لو شَهِدَ على المُشْتَرِي بالإِقَالَةِ، وقضى القَاضِي، ثم رَجَعَا لا يُغَرَّمَانِ شَيْئاً؛ لأنهما وإن فَوَّتَا عليه السِّلْعَةَ، ردَّا إليه الثَّمَنَ.

وأصحهما: أنهما يُغَرَّمَانِ جميعه؛ لأنه بَدَلَ ما أَتْلَفُوهُ. والنظر في الإِتْلاَفِ، إلى المُتْلف، لا إلى ما قام به على المُسْتَحق، ولهذا لو أَبْرَأَتْهُ عن الصَّدَاقِ، وشهد الشَّاهِدَانِ بالطلاق، ورجعا، يُغَرَّمَانِ، وإن لم يَفُتْ على الزوج شيء.

وأصحاب الطريق افْتَرَقُوا؛ فمن مثبت للقولين في صورة الرَّضَاعِ أيضاً، مخرج لإحداهما من ههنا، ومن قَاطِع بوجوب النِّصْفِ هناك.

والفَرْقُ أن الرَّضَاعَ يقطع النِّكَاحَ حَقِيقَةً، كالطلاق، ولا يُفَوِّتُ عليه من المَهْرِ إلاَّ النِّصْفَ، فلا يُغَرَّمُ له، إلا النِّصْفَ.

وههنا اعترف الشَّاهِدَانِ بالكَذِبِ. ولا فِرَاقَ في الحقيقة كما يَزْعُمَانِ، لكن حَالا بينه وبين حَقِّهِ، فيُغَرَّمَانِ تَمَامَ القِيمَةِ، كالغَاصِبِ، يَحُولُ بين المالك ومِلْكِهِ.

والطريق الثاني: القَطْعُ بأن الشاهدين يُغَرَّمَانِ مَهْرَ المِثْلِ.

والثالث: القطع بأنهما يُغَرَّمَانِ النِّصْفَ، وجعل ما قاله المزني غَلَطاً: حَكَاهُ الشيخ أبو علي.

والرابع: إن كان الزَّوْجُ قد سَلَّمَ إليها الصَّدَاقَ، فيُغَرَّمُ الشَّاهِدَانِ جَمِيعَ مهر المثل؛ لأنه لا يتمكن من اسْتِرْدَادِ شيء، لِزَعْمِهِ أنها زَوْجَتُهُ، وأنها تَسْتَحِقُّ جميع الصَّداقِ، . [و]عليه يُحْمَلُ مَنْقُولُ المزني.

وإن كان قبل التَّسْلِيمِ، فلا يُغَرَّمَانِ إلا النِّصْفَ؛ لأنها لا تُطَالِبُهُ إلا بالنِّصْفِ، وعلى هذا، يُحْمَلُ مَنْقُولُ الربيع. وحُكِيَ في المسألة على طَرِيقَةِ إثبات الخلاف، قَوْلاَنِ آخران:

أحدهما: عن القديم، وبه قال أبو حَنِيفَةَ: أنهما يغرمان[1] نصف المسمى؛ لأنه الفَائِتُ على الزَّوْجِ [لا مَهْرَ المِثْلِ، ولا نصفه.][2]

والثاني: يُغَرَّمَانِ جَمِيعَ المُسَمَّى؛ لأنه قد بذل، والتَّشَطُّرُ أمر يَخْتَصُّ بالزَّوْجَيْنِ، فَيُجْعَلُ في المسألة أربعة أقوال، كما هي مَذْكُورَةٌ في الكتاب في باب الرَّضَاعِ.

(١) في ز: أنها نصف المسمى. (٢) سقط في: أ.

ولو كان النِّكَاحُ قد جرى على صُورَةِ التَّفْوِيضِ، وشهدا بالطلاق قبل الدخول، والفرض. وقضى القاضي بالطَّلاَقِ والمُتْعَةِ، ثم رَجَعَا، فالخلاف في أن الشَّاهِدَيْنِ يُغَرَّمَانِ مَهْرَ المِثْلِ، أو نِصْفَهُ، كما في غير صورة التَّفْوِيضِ.

وعلى ما حُكِيَ عن القديم: أنهما يُغَرَّمَانِ المُتْعَةَ التي غَرِمَهَا الزَّوْجُ، وهو مذهب أبي حَنِيفَةَ، وبه أجاب ابْنُ الحَدَّادِ.

قال الأَصْحَابُ: وهو خَطَأٌ، إلا أن يريد التخريج على القَدِيمِ.

هذا كله فيما إذا شَهِدَا على الطَّلاَقِ البَائِنِ أما إذا شَهِدَا على طَلاَقٍ رَجْعِيٍّ، ثم رجعا، نُظِر: إن رَاجَعَهَا، فلا غرم[(١)]، إذا لم يَفُتْ عليه بشهادتهما شَيْءٌ، وإن لم يُرَاجِعْهَا حتى انْقَضَتِ العِدَّةُ، الْتَحَقَ بالطَّلاَقِ البَائِنِ، ووجب الغُرْمُ. هكذا ذكره صاحب «التهذيب». وحكى أبو الفَرَجِ السَّرْخَسِيُّ عن القاضي الحُسَيْنِ وَجْهاً: أنه لا غُرْمَ، إذا لم يراجع لتقصيره بِتَرْكِ التَّدَارُكِ، وأَطْلَقَ القاضي ابن كَجٍّ وَجْهَيْنِ في أن الشَّهَادَةَ على الطَّلاَقِ الرَّجْعِيِّ، والرجوع عنها، هل يقتضي غُرْماً؟ ومَالَ إلى المَنْعِ، وحكاه عن ابن أبي هُرَيْرَةَ.

فرعان:

أحدهما: شَهِدَا بالطلاق، وقضى القاضي، ثم رَجَعَا، وقامت بَيِّنَةٌ على أنه كان بينها وبَيْنَهُ رضاع مُحَرِّمٌ، أو شُهِد له بأنه طَلَّقَهَا اليَوْمَ، ورَجَعَا، وقامت بَيِّنَةٌ على أنه طَلَّقَهَا ثَلاَثاً أمس، فلا شَيْءَ على الراجعين؛ لأنا بَيَّنَّا: أن شهادتهما لم تُفَوِّتْ عليه شَيْئاً، ولو غُرِّمَا قبل تَمَامِ البَيِّنَةِ، استردا المَغْرُومَ.

الثاني: شهدا على امْرَأَةٍ: أنها زَوْجَةُ فلان بِأَلْفٍ، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم رَجَعَا، فالجَوَابُ في «التهذيب»: أنه لا غُرْمَ عليهما.

وحكى ابن الصَّبَّاغ: أنه إن كان بعد الدُّخُولِ، غرِّمَا ما نَقَصَ عن مَهْرِ المِثْلِ، إذا كان الألف دُونَهُ، [قال][(٢)]: وعلى هذا، لو كان قبل الدخول، ثم دَخَلَ بها، يَنْبَغِي أن يُغَرَّمَا ما نقص. وهذا ما أطلقه القاضي ابن كَجٍّ[(٣)].

---

(١) في ز: غريم. (٢) سقط في: ز.

(٣) قال في الروضة: «قال ابن الصباغ». والرافعيّ إنما قال: «حكى ابن الصباغ». والذي في الشامل فقد حكى بعض أصحابنا أنه إن كان قبل الدخول لم يرجع أو بعده غرماً ما نقص عن مهر المثل إن كان المسمى دونه، وينبغي أن يقال: إذا كان قبل الدخول ثم دخل بها أن يرجع عليهم إن كان المسمى دون مهر المثل ببقيته. انتهى وكذا حكاه في البيان والذخائر عنه، وأفرده في البحر من غير نسبته إليه على عاداته.

هذا أمر، والثاني: أن الراجح ما قاله البغوي وهو الذي أفرده الشيخ أبو علي في شرحه الكبير=

ولو شَهِدَا على أنه طَلَّقَهَا على ألف، ومَهْرُهَا ألفان، فعن ابن الحَدَّادِ، وهو الذي ذكره في «التهذيب»: عليهما ألف. وقد وَصَلَ إليه من المرأة أَلْفٌ، وفي كتاب القاضي ابن كَجٍّ أن عليهما مَهْرَ المِثْلِ بعد الدخول، ونِصْفَهُ قبل الدخول، كما لو لم يذكرا عِوَضاً. والألَفُ إن قبضه، مَحْفُوظٌ عنده للمرأة؛ لأنه لا يَدَّعِيهِ، وإن لم يقبضه فيقر عند المَرْأةِ إلى أن يَدَّعيه.

ومن النوع الثاني العِتْقُ؛ فإذا شَهِدَا على عِتْقِ عَبْدٍ، وقضى القاضي، ثم رَجَعَا غَرِمَا قِيمَةَ العَبْدِ، ولم يرد العتق، ولا فَرْقَ بين أن يكون المَشْهُودُ بِعِتْقِهِ قِنّاً، أو مُدَبَّراً، أو مُكَاتَباً، أو أُمَّ وَلَدٍ، أو مُعَلَّقَ العِتْقِ بِصِفَةٍ[1]، خلافاً لأبي حَنِيفَةَ في أُمِّ الوَلَدِ حيث قال: لا غُرْمَ.

ولو شهدا على تَدْبِيرٍ، أو اسْتِيلاَدِ جَارِيَةٍ، ثم رجعا بعد القضاء، لم يُغَرَّمَا في الحَالِ؛ لأن المِلْكَ لم يَزُلْ فإذا مات غُرِّمَا بالرجوع السَّابِق.

قال في «التهذيب». وهكذا لو شهدا على تعليق[2] العِتْقِ، أو الطَّلاَقِ بصفة، ثم رَجَعَا، وفيهما وجه: أنه لا غُرْمَ؛ لأنهما لم يَشْهَدَا بما يُزِيلُ المِلْكَ. ولو شهدا بِكِتَابَةِ عَبْدٍ، ثم رَجَعَا، وأَدَّى العَبْدُ النُّجُومَ، وعتق ظَاهِراً، ففيما يُغَرَّمَانِ وجهان[3]:

أحدهما: ما بين قِيمَتِهِ وبين النُّجُومِ.

= على المذهب قال: وسواء دخل بها الزوج أم لا لأن الشهود لم يوجد منهم إلا الشهادة بالنكاح وإتلاف منافع البضع حصل بفعل الزوج بخلاف ما لو شهدوا بالطلاق ثم رجعوا حيث يغرمون لأن نفس الشهادة تضمنت الإتلاف، فإن قيل إتلاف منافع البضع وإن حصل من الزوج لكن شهادته تضمنت إباحته فوجب أن يغرموا كما لو شهدوا بالقتل فاستوفى منه ثم رجعوا أغرموا وإن وجد الإتلاف من ولي الدم. قلنا: الفرق من وجهين: أحدهما أن مباشرة القتل وإن وجد من الولي فهو ملجأ إليه والشهود ألجؤوا القاضي للحكم، فإذا لم يجب على الولي وجب على الملجىء، وهو الشاهد، وأما ها هنا فالواطىء غير ملجأ إلى الوطء بل مختار فيه وقد غرم الموطوءة، فإذا وجب على المباشر لا يجب على الشهود شيء.

والثاني: أنهم وإن أتلفوا عليها منافع البضع بشهادتهم فقد حصلوا بأدائها المهر في ملكها فالتفريط من جهتها حيث أنكرت النكاح ولم تأخذ المهر بخلاف شهود القتل. قاله في الخادم.

(١) قال في الخادم: محل الغرم إذا خلا العتق عن العوض، فإن شهدوا بأنه أعتق هذا العبد على ضمان مائة وقيمته مائة، فلا رجوع بشيء وإن كانت قيمته مائتين. فقال ابن الحداد والبغوي: يرجع عليهم بمائة تمام قيمته وهو ما أورده المصنف بعد ذلك.

(٢) في ز: تعلق.

(٣) لم يرجح المصنف شيئاً قال في الخادم: والأشبه الأول وعزاه الدارمي لابن سريج ولم يحك غيره.

والثاني: جميع القِيمَةِ؛ لأن المُؤَدَّىٰ من كَسْبِهِ، وكَسْبُهُ للسَّيِّدِ.

ولو شهدا: أنه أعْتَقَهُ على مَالٍ هو دون القِيمَةِ، فقد سَوَّى بينه وبين ما إذا شَهِدَا على أنه طَلَّقَهَا على أَلْفٍ، ومَهْرُ مِثْلِهَا ألفان. ويمكن أن يُفَرِّقَ؛ لأن العَبْدَ يُؤَدِّي من كَسْبِهِ، [وأنه للسيد][(1)] والزَّوْجَةِ بخلافه.

ومنه إذا شَهِدَا على أنه وَقَفَ عَلَى مَسْجِدٍ، أو جِهَةٍ عَامَّةٍ، ورجعا بعد القَضَاءِ، غُرِّمَا قِيمَتَهُ، ولم يُرَدَّ الوَقْفُ. وكذا لو شهدا على أنه جعل هذه الشَّاةَ ضَحِيَّةً. ويمكن أن يعلم قَوْلُهُ في الكتاب: «وعليهم الغُرْمُ» بالحاء، والميم، والألف؛ لأنه أَطْلَقَ، وهم لا يُوجِبُونَ الغُرْمَ، إذا كان بعد الدُّخُولِ على ما تبين.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ شَهِدَ عَلَى المَالِ رَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ أَوْ عشرٌ، فَنِصْفُ الغُرْمِ عَلَى المَرْأَةِ، وَنِصْفُهُ عَلَى جَمِيعِ النِّسَاءِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَى رَضَاعٍ مُحَرَّمٍ وعَشر نِسْوَةٍ، وَرَجَعُوا، فَعَلَى الرَّجُلِ سُدُسٌ، وَعَلَى كُلِّ ٱمْرَأَةٍ نِصْفُ سُدُسٍ، وَيَتَنَزَّلُ كُلُّ ٱمْرَأَتَيْنِ مَنْزِلَةَ رَجُلٍ؛ لِأَنَّ هَذا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسْوَةِ، فَلاَ يَتَوَقَّفُ شَطْرُهُ عَلَى الرَّجُلِ، وَلَوْ رَجَعُوا إِلاَّ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ، فَالصَّحِيحُ أَنْ لاَ غُرْمَ لِقِيَامِ مَا يَسْتَقِلُّ بِكَوْنِهِ حُجَّةً، وَقِيلَ: يَجِبُ حِصَّتُهُمْ، وَلَوْ رَجَعُوا إِلاَّ ثَلاَثَ نِسْوَةٍ، فَفِي وَجْهٍ تَجِبُ حِصَّتُهُمْ، وَعَلَى الصَّحِيحِ يَجِبُ عَلَى جَمِيعِ الرَّاجِعِينَ رُبُعُ الغُرْمِ، إِذْ لَمْ يَبْطُلْ إِلاَّ رُبُعُ الحُجَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذا الفصل والذي بَعْدَهُ، لا اخْتِصَاصَ له بهذا الطرف. ولو ذكر حكم الغُرْمِ في الأَطْرَافِ الثَّلاَثَةِ جَمِيعاً، ثم أتى بهذا الفَصْلِ، والذي بعده، كان أَحْسَنَ في النَّظْمِ.

والفِقْهُ: أن الرجوع المُغَرِّمَ؛ إما أن يفرض والمحكوم بشهادتهم على الحَدِّ المُعْتَبَر [في الباب، أو يفرض وهم أَكْثَرُ عَدَداً منه. فإن كانوا على الحَدِّ المُعْتَبَرِ][(2)]، كما لو حكم في العِتْقِ، أو القَتْلِ بشهادة رَجُلَيْنِ، ثم رجعا، فعليهما الغُرْمُ بالسَّوِيَّةِ. وإن رَجَعَ أحدهما، فعليه النِّصْفُ.

وكذا لو رُجِمَ في الزِّنَا بشهادة أربعة، فإن رَجَعُوا جَمِيعاً، فعليهم الدِّيَةُ أَرْبَاعاً، وإن رجع بَعْضُهُمْ، فعليه حصته منها، وإن زَادُوا على الحَدِّ المُعْتَبَرِ، كما لو شهد بالعِتْقِ، أو القَتْلِ ثَلاَثَةٌ، أو بالزِّنَا خمسة، فإن رجع الكُلُّ، فالغرم مُوَزَّعٌ عليهم بالسَّوِيَّةِ؛ وإن رجع البَعْضُ، فإما أن يثبت العدد المُعْتَبَرُ على الشهادة، أو لا يَثْبُتَ إلا بعضهم.

---

(١) سقط في: أ.

(٢) سقط في: أ.

الحالة الأولى: إذا ثبت العَدَدُ المُعْتَبَرُ، كما لو رجع من الثَّلاثَةِ في العِتْقِ، أو من الخمسة في الزِّنَا واحد، فوجهان، ويقال: قَوْلاَن:

أصحهما: وبه قال أبو حَنِيفَةَ، وابن سُرَيْجٍ، والإِصْطَخْرِيُّ، وابْنُ الحَدَّادِ: لا غُرْمَ على الراجع؛ لأنه بقي[1] من تَقُومُ به الحُجَّةُ، ولو لم يَشْهَدْ في الابتداء سِوَى من بَقِيَ، لاكتفينا بِشَهَادَتِهِ، فكأن الرَّاجِعَ لم يَشْهَدْ.

والثاني: وهو اختيار المُزَنِيُّ، وأبي إِسْحَاقَ: أن على الراجع حِصَّتَهُ من الغُرْمِ، إذا وزع عليهم جَمِيعاً؛ لأن الحُكْمَ وَقَعَ بشهادة الجَمِيعِ، وكل منهم قد فَوَّتَ قِسْطاً، فَيُغَرَّمُ ما فَوَّتَ.

قال في «التهذيب»: لا خِلاَفَ أن القِصَاصَ لا يجب، والحَالَةُ هذه، لكن قال الشيخ أبو مُحَمَّدٍ في «الفروق»: حكى [لي][2] من أَعْتَمِدُهُ عن الشيخ القَفَّالِ: إنه إذا رَجَعَ وَاحِدٌ من شهود القَتْلِ، وقال: تَعَمَّدْنَا جَمِيعاً، فعليه القِصَاصُ[3].

وإن ثبت من تَقُومُ به الحُجَّةُ؛ لأن الرَّاجِعَ اعْتَرَفَ على نَفْسِهِ بالقَتْلِ، والمال إنما[4] يلزم الراجع، إذا أثرت شهادته تَفْوِيتاً. وإذا ثبت من يُكْتَفَى بشهادته للحكم، يَتَحقَّق التَّفْوِيتُ في شهادته الثانية، إذا لم يَثْبُتْ في العَدَدِ المُعْتَبَرِ، إلا بعضهم، كما إذا رجع من الثَّلاثَةِ أو الخمسة اثْنَانِ، فعلى الوَجْهَيْنِ في الحالة الأولى: إن قلنا: لا غُرْمَ على الرَّاجعين هناك؛ فَيُوَزَّعُ الغُرْمُ ها هنا على العَدَدِ المُعْتَبَرِ، وحِصَّةُ من نقص عن العدد المُعْتَبَرِ تُوَزَّعُ على مَنْ رَجَعَ بالسَّوِيَّةِ، ففي صُوَرِهِ الثلاثة، يكون نِصْفُ الغُرْمِ على الراجعين، لبقاء نصف الحُجَّةِ.

وفي صوره الخمسة عليهما رُبُعُ الغُرْمِ، لبقاء ثلاثة أَرْبَاعِ الحُجَّةِ، وإن أَوْجَبْنَا الغُرْمَ على من رَجَعَ هناك، فعلى الرَّاجِعِينَ من الثَلاثة ثُلُثَا الغُرْمِ، وفي الخمسة خمساه.

---

(١) في ز: هي. (٢) سقط في: أ.

(٣) حكى النووي في الخلاف وجهين وعمدته في قول صاحب البيان أنه الذي حكاه العراقيون يعني، وَهُم أعرف بالنصوص من غيرهم لكن كونه قولان حكاه الفوراني في العمد والبغوي في تعليقته والإمام في النهاية ونسبوا التغريم لرواية البويطي والمنع لرواية المزني والربيع، وفي ذلك نظر، بل الذي في البويطي عدم الغرم، ولهذا حكاه الروياني عنه كذلك.
هذا أمر، والثاني: أن ما نسبه لاختيار ابن الحداد نازعه في المهمات، فإن الذي قاله ابن الحداد إنما هو التغريم. كذا قاله في فروعه.
والثالث: أن ما نسبه للقفال إنما هو احتمال له. كذا ذكره القاضي الحسين في تعليقه، وبه جزم في شرح الفروع. قاله في الخادم.

(٤) في ز: إنها.

ورَجَّحَ صاحب «التهذيب» وغيره من هذين الوجهين وُجُوبَ النِّصْفِ على الراجعين من الثلاثة، وفاء برجحان[1] الأصل المَبْنِيِّ عليه، وهو أنه لا غُرْمَ هناك.

وفي «الشامل»: أن الأَصَحَّ وُجُوبُ الثلثين عليهما؛ لأن البَيِّنَةَ إذا نقص عَدَدُهَا، زَالَ حُكْمُهَا، وصار الضَّمَانُ مُتَعَلِّقاً بالإِتْلاَفِ، وقد استوفى فيه.

وهذا كله فيما إذا كان جميع الشُّهُودِ ذُكُوراً، أو إِنَاثاً، كما في الرَّضَاعِ، وما يثبت بشهادة النِّسَاءِ المُتَمَحِّضَاتِ.

أما إذا انْقَسَمُوا إلى الذُّكُورِ، والإِنَاثِ، فإن لم يَزِيدُوا على أقل ما يكفي، كَرَجُلٍ وامرأتين في الرَّضَاعِ، أو في الأَمْوَالِ، فنصف الغُرْمِ على الرَّجُلِ عند الرجوع، وعلى كُلِّ وَاحِدَةٍ منهما الرُّبُعُ. وإن زادوا على الأَقَلِّ، فالمشهود به: إما أن يثبت بشَهَادَةِ النِّسَاءِ وَحْدَهُنَّ، أو لا يثبت.

القسم الأول: ما يَثْبُتُ بشَهَادَةِ النِّسَاءِ وَحْدَهُنَّ، كالرَّضَاعِ، وهو مؤخر[2] في نَظْمِ الكتاب. فإذا شَهِدَ أربع نِسْوَةٍ مع رجل، وَرَجَعُوا جميعاً، فعلى الرَّجُلِ ثُلُثُ الغُرْمِ، وعليهن ثُلُثَاهُ، وإن رجع الرَّجُلُ وَحْدَهُ، فلا شَيْءَ على أصح الوجهين؛ لبقاء الحُجَّةِ. وكذا لو رجعت امْرَأَتَانِ. وعلى الثاني عليه أو عليهما ثُلُثُ الغُرْمِ.

ولو شهد رَجُلٌ وعشر نِسْوَةٍ، ورجعوا، فَعَلَيهِ سدس الغُرْمِ، وعلى كل واحدة نِصْفُ سدسه. وإن رجع[3] الرجلَ وَحْدَهُ، أو مع واحدة، أو اثْنَتَيْنِ، أو ثلاث، أو أربع، أو خمس، أو سِتّ، فلا غُرْمَ على الأصح؛ لبقاء الحُجَّةِ.

وعلى الثاني - يجب على من رجع حِصَّتُهُ، وإن رَجَعَ مع سَبْعٍ، فعلى أظهر الوجهين السَّابقين، عليهم رُبُعُ الغُرْمِ؛ لِبُطْلاَنِ رُبع الحجة، وإن رجع [مع ثمان، فَنِصْفُهُ؛ لبطلان نِصْفِ الحُجَّةِ، وإن رجع][4] مع تسع، فعليه ثَلاَثَةُ أَرْبَاعٍ؛ فيكون ما على الذَّكَرِ مِثْلُ ما على الأُنْثَيَيْنِ.

وعلى الوجه الثاني - عليهم ما هو حِصَّتُهُمْ، لو رجعوا جَمِيعاً. ولو رجع النساء وَحْدَهُنَّ، فعليهن نِصْفُ الغُرْمِ في أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ. وخمسة أسداسه في الثاني.

والقسم الثاني: ما لا يَثْبُتُ بشَهَادَةِ النِّسَاءِ المُتَمَحِّضَاتِ، كالأَمْوَالِ؛ فإذا أوجبنا الغُرْمَ فيها بالرُّجُوعِ، فشهد رَجُلٌ وأربع نسوة، ورَجَعُوا، فوجهان:

أحدهما: أن على الرجل ثُلُثَ الغُرْمِ، وعليهن ثُلُثَاهُ، كما في الرَّضاعِ.

---

(١) في ز: وما يرجحان.
(٢) في ز: موجز.
(٣) في ز: رجل.
(٤) سقط في: أ.

والثاني: أن نِصْفَ الغُرْمِ عليه، ونصفه عليهن، بخلاف الرَّضَاع؛ لأن المَالَ لا يَثْبُتُ بشهادة النِّسَاءِ - وإن كَثرن - فنصف الحُجَّةِ. تقوم بالرجل مَعَهُنّ كم كُنّ.

ويُحْكَى الوَجْهُ عن أبي حَنِيفَةَ، ومالك، وأبي إِسْحَاقَ، وابن القَاصِّ، وبه أجاب كَثِيرٌ من العِرَاقِيِّينَ. لكن الثاني - أَقْوَى من جهة المعنى - ويُرْوَىٰ عن ابن سُرَيْج، واختيار القَفَّالِ، والشيخ أبي عَلِيٍّ، والإمام، وصاحب «التهذيب»، وهو المذكور في الكتاب، وإذا قلنا به، فلو رَجَعَ النِّسَاءُ، فعليهن نِصْفُ الغُرْمِ. ولو رجعت امْرَأَتَانِ، فلا شَيْءَ عليهما لِبَقَاءِ الحُجَّةِ على الأَصَحِّ، كما[1] حكينا عن اختيار المُزَنِي، وأبي إِسْحَاقَ، عليهما ربع الغُرْمِ.

ولو شهد رَجُلٌ وعشر نسوة، ورجعوا، فعلى الرجل نِصْفُ الغرم، وعلى النسوة النصف، إذا قلنا بالأصح، وعلى الوجه الآخر، على الرجل سُدُسُ الغرم، والباقي عليهن. ولو رجع الرجل دُونَهُنَّ، فعلى الرجل النِّصْفُ على الأَصَحِّ، وعلى الآخر عليه السدس.

ولو رجع النساء دُونَهُ، فعليهن نِصْفُ الغرم [على الأصح][2] وعلى الوجه الآخر، خمسة أسداسه، وإذا عَلَّقْنَا نِصْفَ الغُرْم برجوع الرجل، فلو رَجَعَ مع ثَمَانِ نسوة، فعليه النصف، ولا شَيْءَ عليهن؛ بناءً على أنه لا يثبت بشهادتهن إلا نصف الحق، وقد بَقِيَ من النساء من يتم[3] به الحَقُّ، وعلى ما اختاره المُزَنِيُّ، عليهن أربعة أخماس النِّصْفِ، كما لو رَجَعُوا جميعاً. ولو رجعوا[4] مع تِسْعِ نسوة، فعليه النِّصْفُ، وعليهن الرُّبُعُ، لبقاء ربع الحُجَّةِ، وعلى ما اخْتَارَهُ، عليهن تِسْعَةُ أعشار النصف.

وإن رجع ثَمَانِ نسوة لا غَيْرَ، فلا شَيْءَ عليهن؛ لبقاء نِصْفِ الحُجَّةِ التي تتعلق بهن، وعلى ما اخْتَارَاهُ عليهن أربعة أخماس النِّصْفِ.

وقوله في الكتاب: «ولو شهد على المال رجل وامرأتان، أو عشر»، إنما قال: «أو عشر»، إِشَارَةً إلى أنه لا فَرْقَ على وَجْهِ التنصيف [بين][5] أن يَقِلَّ عَدَدُ النساء، أو يَكْثُر.

ويجوز أن يُعَلَّمَ بالواو لِلْوَجْهِ الآخَرِ المذكور في صورة العشر، أما في صورة الرجل والمرأتين، لا يَخْتَلِفُ تَفْرِيعُ الوجهين.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَفِي وُجُوبِ الغُرْمِ عَلَى شُهُودِ الإِحْصَانِ مَعَ شُهُودِ الزِّنَا ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ: (أَحَدُهَا): لاَ يَجِبُ شَيْءٌ (والثَّانِي): أَنَّهُ يَجِبُ الشَّطْرُ عَلَيهِمْ (وَالثَّالِثُ:) أَنَّهُ يَجِبُ الثُّلُثُ

---

(١) في ز: على ما.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: يتميز.
(٤) في ز: لو رجع.
(٥) سقط في: أ.

عَلَيْهِمْ إِذْ أَقَلُّ شَهَادَةِ الإِحْصَانِ اثْنَانِ وَأَقَلُّ شَهَادَةِ الزِّنَا أَرْبَعَةٌ، فَلَوْ رَجَعَ وَاحِدٌ مِنْ شُهُودِ الزِّنَا وَالإِحْصَانِ اجْتَمَعَ مِنَ الأُصُولِ أَقْوَالٌ لاَ تَخْفَىٰ، وَالقَوْلاَنِ جَارِيَانِ فِي أَنَّ شُهُودَ التَّعْلِيقِ فِي الطَّلاَقِ هَلْ يَغْرَمُ مَعَهُمْ شُهُودُ الصِّفَةِ أَوْ يَنْفَرِدُ شُهُودُ التَّعْلِيقِ بِالغُرْمِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هل يَتَعَلَّقُ الغُرْمُ برجوع شُهُودِ الإِحْصَانِ؟ فيه وجهان في رِوَايَةِ جماعة؛ منهم المَحَامِلِيُّ، وصاحب «التهذيب»، وقولان في رواية آخرين؛ منهم الإمام، وصَاحِبُ الكتاب، والقَاضِي الرُّوياني ـ رحمهم الله ـ:

أحدهما: نعم؛ لأن الرَّجْمَ يَتَوَقَّفُ على ثبوت الزِّنَا، والإِحْصَانِ جميعاً، وعلى هذا، فلو قالوا: تَعَمَّدْنَا جَمِيعاً، لَزِمَهُمُ القصاص[1]، كشهود الزِّنَا.

والثاني: وبه قال أبو حَنِيفَةَ: لا؛ لأنهم لم يَشْهَدُوا بما يُوجِبُ عليه عُقُوبَةً، وإنما وَصَفُوهُ بِصِفَةِ كَمَالٍ، والخِلاَفُ جَارٍ في أن شُهُودَ الصفة مع شهود تَعْلِيقِ الطَّلاَقِ، أو العِتَاقِ، هل يُغَرَّمُونَ إذا رَجعوا؟ أم يختص الغُرْمُ بشهود التعليق؟

والصحيح على ما ذكر صاحب «التهذيب»: أن رجوع شهود الإِحْصَانِ، وشهود الصِّفَةِ لا يَقْتَضِي غُرْماً. وعن بعض الأصحاب: أنه يُفَرِّقُ في شهود الإِحْصَانِ، بين أن تَتَقَدَّمَ شهادتهم على شهَادَةِ الزنا، فلا غُرْمَ إذا رجعوا، وبين أن يَتَأَخَّرَ، فَيُغَرَّمُونَ؛ لترتب الرَّجْمِ على شهادتهم. وإذا قلنا: يَتَعَلَّق [بتعلق][2] الغرمِ برجوعهم، فكيف يُوَزَّعُ عليهم، وعلى شهود الزِّنَا؟ وجهان:

أصحهما: أنه يُعْتَبَرُ نِصَابُ الشهادتين؛ فيكون ثُلُثَا الغُرْمِ على شهود الزنا، وثلثه على شهود الإِحْصَانِ.

والثاني: أن نِصْفَهُ على شُهُودِ الزِّنَا، ونِصْفَهُ على شهود الإِحْصَانِ؛ لأنهما صنفان[3] مُخْتَلِفَانِ، فَأَشْبَهُ ما إذا رَجَعَ القاضي، والشُّهُودُ، يكون نصف الدِّيَةِ عليه، ونِصْفُهَا عليهم، ولا يَجِيءُ في شهود الصِّفَةِ، إذا علقنا الغُرْمَ برجوعهم، إلا النصف.

إذا عُرِفَ ذلك، فلو شَهِدَ أربعة بالزِّنَا، واثنان سِوَاهُمْ بالإِحْصَانِ، وَرَجَعُوا جميعاً بعدما رُجِمَ، فَالضَّمَانُ على شُهُودِ الزنا، إن لم يُغَرَّمْ شهود الإِحْصَانِ. وعلى الصنفين[4] جميعاً، إن غَرَّمْنَاهُمْ بالسَّوِيَّةِ إن نَصَّفْنَا، أو أَثْلاَثاً إن ثَلَّثْنَا.

وإن رجع وَاحِدٌ من شهود الزِّنَا، وواحد من شَاهِدي الإِحْصَانِ، فإن لم يُغَرَّمْ شُهُودُ الإِحْصَانِ، فعلى الراجع من شُهُودِ الزنا، [رُبُعُ الغُرْمِ، وإن غَرَّمْنَاهُمْ، فإن نَصَّفْنَا،

---

(١) في أ: القضاء.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: ضعيفان.
(٤) في أ: الصفتين.

فعلى الراجع من شُهُودِ الزنا][1] ثُمُنُ الغُرْمِ، وعلى الآخر رُبُعُهُ.

وإن ثَلَّثْنَا، فعلى كل واحد منهما سُدُسُه.

وإن رجع واحد من أحد الصِّنْفَيْنِ لا غير، ففيما عليه هذا الخِلاَف.

ولو شهد أربعة بالزِّنَا، والإحصان جميعاً، ثم رَجَعَ أَحَدُهُمْ، فإن لم يُغَرَّمْ شُهُودُ الإِحْصَانِ، فَعليه رُبُعُ الغُرْمِ، وإن غَرَّمْنَاهُمْ، فقد بقي ههنا من تَقُومُ به حجة الإِحْصَانِ، فإن غَرَّمْنَا الراجع مع ثَبَاتِ من تَقُومُ به الحُجَّةُ، فعليه الرُّبْعُ أيضاً، كما لو رَجَعُوا جميعاً، وإن لم يُغَرَّمْ، فلا ضَمَانَ بِسَبَبِ الإِحْصَانِ، وأما بسبب الزِّنَا؛ فإن نَصَّفْنَا، فعليه ثُمُنُ الغُرْمِ، وإن ثَلَّثْنَا فَسُدُسُهُ، وإن رجع ثلاثة، وثَبَتَ واحد، فقد بَطَلَ ثَلاَثَةُ أرباع حُجَّةِ الزنا، ونصف حجة الإِحْصَانِ.

فإن لم نغرم[2] شُهُود الإحصان، فعليهم ثَلاَثَةُ أرباع الغُرْمِ، وإن غَرَّمْنَاهُمْ، فعلى كل وَاحِدٍ إن نَصَّفْنَا للرجوع عن شهادة الزِّنَا ثمن الغُرْمِ، والرجوع عن شهادة الإِحْصَانِ نصف سُدُسِهِ، بِتَوْزِيعِ نِصْفِ غُرْمِ الإحصان عليهم.

وإن ثَلَّثْنَا، فعلى كل واحد الرُّجُوعُ عن شَهَادَةِ الزِّنَا سدس الغُرْمِ، تَوْزِيعاً للثلثين على الأَرْبَعَةِ؛ ولِلرُّجُوعِ على شَهَادَةِ الإحصان ثُلُثُ سُدُسِهِ، تَوْزِيعاً لنصف غُرْمِ الإِحْصَانِ على الراجعين. ولو شَهِدَ أَرْبَعَةٌ بالزنا، واثنان منهم بالإِحْصَانِ، ورَجَعُوا بَعْدَما رُجِمَ، فإن لم يُغَرَّمْ شُهُودُ الإحصان في المَسَائِلِ السابقة، فكذا ههنا، ولا أَثَرَ لِشَهَادَةِ الإِحْصَانِ. وإن غَرَّمْنَاهُمْ، فهل يُغَرَّمُ شُهُودُ الإِحْصَانِ ههنا زِيَادَةً؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ كما في الصورة السابقة.

والثاني: لا؛ لأن الشَّهَادَةَ، والرجوع، كَجِنَايَةٍ على جانبين[3] يستوون في الدِّيَةِ، وإن قلنا: بالأَوَّلِ عاد الخِلاَفُ، إن نَصَّفْنَا على اللذين شَهِدَا بالإحصان ثلاثة أَرْبَاعِ الغُرْمِ؛ النصف لِشَهَادَةِ الإِحْصَانِ، والربع لشهادة الزِّنَا وعلى الآخرين الرُّبُعُ.

وإن ثَلَّثْنَا، فعلى الذين شهدا بِالإِحْصَانِ الثلث، لِشَهَادَةِ الإِحْصَانِ، والثلث لِشَهَادَةِ الزِّنَا. وعلى الآخرين الثلث.

فإن رَجَعَ وَاحِدٌ منهم، فإن لم يُغَرَّمْ شهود الإِحْصَانِ، فعليه رُبُعُ الغُرْمِ، وإن غَرَّمْنَاهُمْ، فإن الرَّاجِعَ من اللَّذَيْنِ شهدا بالإِحْصَانِ، فإن نَصَّفْنَا، فعليه ثَلاَثَةُ أَثْمَانِ الغُرْمِ، ثمن لشهادة الزنا، والباقي[4] لشهادة الإِحْصَانِ.

---

(١) سقط في: أ.
(٢) في أ: يعرف.
(٣) في ز: جنايتين.
(٤) في ز: والثاني.

وإن ثَلَّثنا، فعليه ثُلُثُ الغُرْمِ، سدس لهذه، وسدس لهذه، وإن كان الرَّاجِعُ من الآخرين، فإن نَصَّفْنَا، فعليه ثُمُنُ الغُرْمِ. وإن ثَلَّثنا فالسُّدُسُ.

ولو شهد ثَمَانِيَةٌ بالزنا والإحْصان، ثم رجع أحدهم، فلا غُرْمَ على الأَصَحِّ؛ لبقاء الحُجَّتَيْنِ. وكذا لو رجع ثانٍ، وثالث، ورابع، وإن رجع خامس؛ فقد بَطَلَتْ حُجَّةُ الزِّنَا، ولم تبطل حُجَّةُ الإحصان، فإن لم يُغَرَّمْ شهود الإِحْصَانِ، فعلى الخَمْسَةِ رُبُعُ الغُرْمِ؛ لبطلان ربع الحجة، وإن غَرَّمْنَاهُمْ فلا غُرْمَ ها هنا، لِشَهَادَةِ الإِحْصَانِ على الأصح؛ لبقاء حُجَّتِهِ. ويُغَرَّمُ الراجعون، رُبُعَ غُرْمِ الزنا، والسدس، إن ثَلَّثنا والثمن، إن نَصَّفْنَا.

وإن رجع ستة، فعليهم نِصْفُ غُرْمِ الزنا، وهو الثلث إن ثَلَّثنا، والربع إن نَصَّفْنَا، وإن رجع سَبْعَةٌ، فقد بَطَلَتِ الحُجَّتَانِ، ولا يخفى قِيَاسُهُ مما ذكرنا. **وقوله في الكتاب**: «اجتمع في الأصول أقوال لا تَخْفَى» أحد الأصول المشار إليها، أن شُهُودَ الإِحْصَانِ، هل يُغَرَّمُونَ؟

والثاني: أنهم إن غرموا، كم يُغَرَّمُونَ؟

والثالث: أنه إذا رجع بَعْضُ الشهود، وبقي من تَقُومُ به الحُجَّةُ، هل يُغَرَّمُ مَنْ رجع؟ وقد عرفت هذه الأُصُولَ والأَقْوَالَ الحَاصِلَةَ منها. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الطَّرَفُ الثَّالِثُ: الرُّجُوعُ فِي عَيْنِ مَالٍ يُتَوَقَّع رُجُوعُهُ بِإِقْرَارِ الخَصْمِ هَلْ يُوجِبُ الغُرْمَ فِي الحَالِ لِلْحَيْلُولَةِ؟ فيه قَوْلاَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تقدم أن المَشْهُودَ به؛ إما أن يَتَعَذَّرَ تَدَارُكُهُ، أَوْ لا يَتَعَذَّرَ. وقد فَرَغْنَا من القَوْلِ فيما يتعذَّرُ تَدَارُكُهُ.

والقسم الثاني: ما لا يَتَعَذَّرُ؛ وهي الأَمْوَالُ، أَعْيَانُهَا، ودُيُونُهَا، وإذا شهد الشُّهُودُ لإنسان[1] بمال، ثم رجعوا بعد دَفْعِ المال إليه، لم يُنْقَضِ الحُكْمُ، ويُرَدُّ المَالُ إلى المُدَّعَى عليه، لاحتمال أنهم كَاذِبُونَ في الرُّجُوعِ.

وفي «العدة» حكاية وَجْهٍ: أنه يُنْقَضُ الحُكْمُ، ويُرَدُّ المال إلى المَحْكُومِ عليه، والمذهب الأول، وهل يُغَرَّمُ الشُّهُودُ للمحكوم عليه؟

نقل المزني: أنهم لا يُغَرَّمُونَ، وقد قَطَعَ به من الأَصْحَابِ طَائِفَةٌ؛ منهم: ابن خَيْرَانَ، وتوجها بأن الشُّهُودَ لم يثبتوا[2] اليَدَ على المال، ولم يَتَلَقَّوْهُ، فلا يضمنون.

وإن أَتَوْا بما يُفْضِي إلى الفَوَاتِ، كمن حَبَسَ المالك[3] عن مَاشِيَتِهِ حتى ضَاعَتْ،

---

(١) في أ: لفلان.

(٢) في ز: يتبينوا.

(٣) في أ: المال.

وليس كالشَّهَادَةِ على الطَّلَاقِ، والعِتْقِ؛ لأن هناك وُجِدَ التَّفْوِيتُ حَقِيقَةً، فإنهما لا يريدان، وإن صَدَّقَ العَبْدُ والمرأة الشُّهُودَ في الرجوع، وههنا لم يوجد تَفْوِيتٌ حَقِيقَةً؛ لأن المَشْهُودَ عليه لو صدقهم في الرُّجُوعِ، لَزِمَهُ رَدُّ المَالِ، وَأَكْثَرُ الأصحاب، وفيهم ابن سُرَيْجٍ، وأبو إِسْحَاقَ. قالوا: في المسألة قولان:

أحدهما: أنهم لا يُغَرَّمُونَ؛ لما ذكرناه.

والثاني: وبه قال أبو حَنِيفَةَ، ومالك، وأحمد ـ رحمهم الله ـ: أنهم يُغَرَّمُونَ، لِحُصُولِ الحَيْلُولَةِ بشهادتهم. وما يضمن بالتَّفْوِيتِ [بغير الشهادة، ينبغي أن يُضْمَنَ بالتَّفْوِيتِ][1] بالشهادة، كالنَّفْسِ. وهذا القول عند العراقيين، والإمام، وغيرهم، أَرْجَحُ.

وذُكِرَ في «العدة»: أن الفَتْوَى عليه وأن ظاهر المَذْهَبِ: أَنَّهُمْ لا يُغَرَّمُونَ، واخْتَلَفُوا في حَالِ القَوْلَيْنِ فذكر الشيخ أبو حَامِدٍ ومن اتَّبَعَهُ: أنهما[2] مَنْصُوصَانِ، والتَّغْرِيمُ فيهما للقديم[3] وقيل: المَنْصُوصُ، أنهم لا يُغَرَّمُونَ، والآخر مُخَرَّجٌ.

وقيل: هما مَبْنِيَّانِ على القولين فيما إذا قال: غصبت هذه الدَّارَ من فلان، [بل من فلان][4]، تُدْفَعُ الدَّارُ إلى الأول.

وهل يُغَرَّمُ الثَّاني؟ على قولين فينزل رجوع الشاهد مَنْزِلَةَ رُجُوعِ المقر.

وذكر القاضي ابْنُ كَجٍّ: أن النَّصَّ فيما إذا شَهِدُوا بِعَيْنٍ، ثم رجعوا، أنهم لا يُغَرَّمُونَ. وفيما إذا شَهِدُوا بِدَيْنٍ، ثم رجعوا، أنهم يُغَرَّمُونَ، فحصل القَوْلَانِ من تَخْرِيجِ كُلِّ واحد منهما في صورة الآخر.

ويجوز أن يُعَلِّمَ لَفْظُ «القوْلَيْنِ» في الكتاب بالواو لطريقة مَنْ قَطَعَ بنفي الغُرْمِ.

فروع:

شهد الشُّهُودُ على أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ في الرَّقِيقِ؛ أنه أَعْتَقَ نَصِيبَهُ، وهو مُوسِرٌ، فقضى القاضي بِعِتْقِهِ، وبالسِّرَايَةِ، ثم رجعوا، فعلى الشُّهُودِ قِيمَةُ نَصِيبِ المشهود عليه.

وفي قِيمَةِ نَصِيبِ الشريك الخِلَافُ، في غُرْمِ المال، وشُهُود القَتْلِ الخَطَإِ، إذا رجعوا بعدما غرم العاقلة، هل يُغَرَّمُونَ؟ فيه الخلاف.

ولو حكم القاضي بِشَهَادَةِ شهود الفرع، ثم رجعوا، غُرِّمُوا.

ولو رجع شُهُودُ الأَصْلِ، وقالوا: كذبنا، فكذلك يُغَرَّمُونَ، خِلَافاً لأبي حَنِيفَةَ.

---

(١) سقط في: أ.
(٢) في ز: أنهم.
(٣) في ز: القديم.
(٤) سقط في: أ.

ولو رجع الأُصُولُ، والفُرُوعُ جميعاً، فالغُرْمُ على شهود الفَرْعِ؛ لأنهم يُنْكِرُونَ إِشْهَادَ الأُصُولِ، ويقولون: كذبنا فيما قلنا، والحُكْمُ وقع بِشَهَادَتِهِمْ، وحيث وَجَبَ على الرَّاجِعِ عُقُوبَةٌ من قِصَاصٍ، أو حَدِّ قَذْفٍ، دخل التَّعْزِيرُ فيها. فإذا لم تجب عُقُوبَةٌ، واعترف بالتعمد، فَيُعَزَّرُ.

ولو شَهِدَ أَرْبَعَةٌ على إِنْسَانٍ بأربعمائة، ثم رَجَعَ وَاحِدٌ منهم عن مائة، وآخَرُ عن مائتين، وثالِثٌ عن ثلاثمائة، والرَّابعُ عن الجَمِيعِ؛ فالبَيِّنَةُ بَاقِيَةٌ بِتَمَامِهَا في مائتين، وأصح الوَجْهَيْنِ: أنه لا يجب غُرْمُهُمَا، ويَجِبُ على الأربعة غُرْمُ المائة. المَرْجُوعِ عنها باتِّفَاقِهِمْ، وعلى الثاني، والثالث، والرابع، ثَلاَثَةُ أرباع المائة التي اخْتَصُّوا بالرُّجُوعِ عنها.

والوجه الثاني: أن عَلَى كُلِّ رَاجِعٍ حِصَّته فيما رجع عنه، فعلى الأوَّل، خمسة وعشرون، وعلى الثَّاني خمسون، وعلى الثالث خمسة وسبعون، وعلى الرابع، مِائَةٌ.

والشَّهَادَةُ على الطَّلاَقِ الرَّجْعِيِّ، والرجوع عنها، هل تَقْتَضِي غُرْماً؟ فيه تفصيل، وخِلاَفٌ أَسْلَفْنَاهُمَا. قال أبو الحَسَنِ العَبَّادِيُّ: إن أَوْجَبْنَا الغُرْمَ في الحال، وغرم الشهود، ثم راجعها الزَّوْجُ، فهل عليه رَدُّ ما أخذ؟

فيه احتمالان؛ بِنَاءً على ما إذا وَطِىءَ الرَّجْعِيَّةَ، ثم رَاجَعَهَا ـ هل يَلْزَمُهُ المَهْرُ؟

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَّا إِذَا ظَهَرَ كَوْنُ الشَّاهِدِ عَبْدَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ بَانَ بُطْلاَنُ القَضَاءِ وَانْدَفَعَ الطَّلاَقُ وَالعِتَاقُ، وَإِنْ كَانَ فِي قَتْلٍ وَجَبَ الغُرْمُ عَلَى القَاضِي لِخَطَئِهِ، وَفِي رُجُوعِهِ عَلَى الشُّهُودِ كَلاَمٌ سَبَقَ فِي مَوْضِعِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قَضَى القاضي بِشَهَادَةِ اثنين، ثم بَانَ أنهما كَانَا عَبْدَيْنِ، أو كافرين، أو صَبِيَّيْنِ مُرَاهِقَيْنِ، [فقد][(١)] مَرَّ في آخر الباب الأول من الشَّهَادَاتِ، أنه [يُنْقض][(٢)] حُكْمُهُ، وكذا لو [بانا][(٣)] فاسِقَيْنِ في أَصَحِّ القولين.

وقوله ههنا: «بان بُطْلاَنُ الحكم» إِشَارَةٌ إلى ما ذكره الإِمَامُ؛ أن القَضَاءَ ليس أَمْراً يعقد ويحلّ، وإنما المُرَادُ تَبَيُّنُ الأَمْرِ على خلاف ما ظَنَّهُ، وحَكَمَ به[(٤)]، فإن كان المَشْهُودُ

---

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

(٤) ومعنى هذا أن القضاء لم ينفذ ويظهر ثمرة هذا في الفوائد الحادثة من العين المحكوم بها من وقت الحكم إلى أن يتغير فيكون لرب العين، وهذا الذي نقله عن الإمام وأقره خلاف ما جزم به غيره بل صرح الروياني أنه المذهب فيما إذا بان أنه يقف على النقض. وقال الماوردي: إذا بانا كافرين لم يحتج إلى النقض أي بل يبين بذلك وقوعه باطلاً وأما إذا بانا عبدين فوجهان مبنيان على الخلاف في رد شهادة العبد.

به طَلاَقاً، أو عتاقاً، أو عَقْداً من العقود، فقد بَانَ أنه لا طَلاَقَ، ولا عِتَاقَ، ولا عَقْدَ.

فإن كانت المَرْأَةُ قد ماتت [فقد ماتت][(١)] وهي مَنْكُوحَتُهُ، فإن[(٢)] مات العَبْدُ، مات وهو رَقِيقٌ، ويجب ضَمَانُهُ على ما سنذكره في ضَمَانِ الأَمْوَالِ؛ وإن كان المَشْهُودُ به قَطْعاً، أو قَتْلاً، أو حَدّاً، واستوفى وتَعَذَّرَ التَّدَارُكُ، فَضَمَانُهُ في بَيْتِ المَالِ على أَحَدِ القولين، وعلى عَاقِلَةِ القاضي في أَظْهَرِهِمَا على ما هو مُقَرَّرٌ في باب ضَمَانِ الوِلاَدَةِ، وإنما تَعَلَّقَ الضمان بالقاضي؛ لأنه أَهْلَكَهُ بحكمه الذي أَخْطَأَ فيه، وكان من حَقِّهِ أن يَتَفَحَّص، ويَتَثَبَّتَ، ولا يجب الغُرْمُ على المَشْهُودِ له؛ لأنه يقول: استَوْفَيْتُ حَقِّي.

ولا يضمن الشهود؛ لأنهم ثَابِتُونَ على شَهَادَتِهِمْ، زَاعِمُونَ صدقهم، بخلاف ما في صُورَةِ الرُّجُوعِ.

وإذا غرم العاقلة، أو بيت المال، فهل يَثْبُتُ الرُّجُوعُ على الشُّهُود؟

فيه خلاف، وتفصيل مَذْكُورَانِ في باب ضَمَانِ الولاة.

والذي أَجَابَ به أَصْحَابُنَا العراقيون: أنه لا رُجُوعَ عليه. قالوا: وكذا لا رَجُوعَ على المزكيين؛ لأن الحُكْمَ غير مَبْنِيٍّ على شهادتهم.

وعن القاضي أبي حَامِدٍ: أن الغَارِمَ يرجع على المزكين[(٣)]، ويَسْتَقِرُّ عليهم الضَّمَانُ، بخلاف الشُّهُودِ؛ لأنه يثبت عند القاضي، أن الأَمْرَ على خلاَفِ ما ذكره المزكون، ولم يَثْبُتْ أنه على خلاف ما ذكره الشُّهُودُ، وإلى هذا مال القَاضِيَانِ - أبو الطَّيِّبِ، والرُّويَانِيُّ - ومَفْهُومُ ما ذكروه: أنه يجوز تَغْرِيمُ المزكي أَوَّلاً، ثم لا رجُوعَ له على القاضي.

وأَلَمَّ الإِمَامُ بِمِثْلِ ذلك في الشهود، إذا قُلْنَا بِثُبُوتِ الرُّجُوعِ عليهم، ولا فَرْقَ فيما ذكرناه في تعليق الضَّمَانِ؛ بالقاضي[(٤)] بين أن يكون الحُكْمُ في حَدِّ الله تعالى، أو في قِصَاصِ الآدَمِيِّ، ولا إذا كان[(٥)] في قِصَاصٍ بين أن يَسْتَوْفِيَهُ المُدَّعِي، وبين أن يَسْتَوْفِيَهُ القاضي بنفسه، أو يفوض استيفاء بإذن المُدَّعِي إلى غيره.

وقد مَرَّ في «أدب القضاء» عن الإِصْطَخْرِيِّ: أن المُدَّعِي إن اسْتَوْفَاهُ بنفسه،

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في أ: وإن

(٣) ما نسبه إلى العراقيين فالأصح خلافه وكلامه في الرجوع على ما قررناه، وما ذكره القاضي أبو حامد. ومال إليه القاضيان هو المعتمد. قاله في الخادم.

(٤) في ز: فالقاضي.

(٥) في الروضة: وسواء في.

فالضَّمَانُ عليه، وإنما يَتَعَلَّقُ الضَّمَانُ بالقاضي، إذا بَاشَرَ الاسْتِيفَاءَ، أو فَوَّضَهُ إلى غير المُدَّعِي بإذنه.

وإن كان المَحْكُومُ به مالاً؛ فإن كان بَاقِياً عند المَحْكُومِ له، انْتُزِعَ وَرُدَّ، وإن كان تَالِفاً، أُخِذَ منه ضَمَانُهُ.

وحكى الشيخ أبو حَاتِم القزويني وَجْهاً: أنه إذا كان التَّلَفُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ، لم يلزمه الضَّمَانُ، والمَشْهُورُ الأول، وفَرَّقُوا بَيْنَهُ وبين [الإتلافات، حيث][1] قلنا: لا غُرْمَ عليه، فيها بأن [الإتلافات][2] إنما تُضمن إذا وقع على وَجْهِ التَّعَدِّي، وحكم القاضي أَخْرَجَهُ عن أن يكون مُتَعَدِّياً، وأما المال فإذا حَصَلَ في يد إنسان بغير حَقٍّ، كان مَضْمُوناً، وإن لم يُوجَدْ منه تَعَدٍّ، فإن كان المَحْكُومُ له مُعْسِراً، أو غَائِباً، فللمحكوم عليه مُطَالَبَةُ القاضي، ليغرم له من بيت المال على أَحَدِ القولين، ومن خَالِصِ ماله على الثاني؛ لأنه ليس بدل النَّفْسِ حتى يَتَعَلَّقَ بالعَاقِلَةِ، ثم الحاكم يرجع على المحكوم له، إذا ظَفِرَ به مُوسِراً، وهل له الرُّجُوعُ على الشهود؟ جعله الإمَامُ على الخِلاَفِ.

والتفصيل المُشَارُ إليه في الإِتْلاَفَاتِ ويجيء[3] أن يُقَالَ على قِيَاسِ مَا مَرَّ؛ أن المَحْكُومَ عليه يَتَخَيَّرُ في تغريم القاضي، وتَغْرِيمِ المَحْكُومِ له. والله أعلم بالصواب.

---

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: ويحكى.

كِتَابُ الدَّعَاوَىٰ وَالبَيِّنَاتِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَمَجَامِعُ الخُصُومَاتِ تَدُورُ عَلَى خَمْسَةٍ: الدَّعْوَىٰ وَالجَوَابُ وَاليَمِينُ وَالنُّكُولُ وَالبَيِّنَةُ، الأَوَّلُ: الدَّعْوَىٰ وَفِيهِ مَسَائِلُ: الأُولَىٰ فِيمَنْ يَحْتَاجُ إِلَى الدَّعْوَىٰ، وَمَنْ غُصِبَ مِنْهُ شَيْءٌ وَقَدَرَ عَلَى ٱسْتِرْدَادِهِ قَهْراً مِنْ غَيْرِ تَحْرِيكِ فِتْنَةٍ جَازَ لَهُ ذَٰلِكَ وَلَمْ يَلْزَمْهُ الرَّفْعُ إِلَى القَاضِي، فَإِنْ كَانَ حَقُّهُ عُقُوبَةً فَلاَ بُدَّ مِنَ الرَّفْعِ إِلَى القَاضِي، وَإِنْ كَانَ حَقُّهُ دَيْناً وَمَنْ عَلَيْهِ مُقِرٌّ مُمَاطِلٌ فَلاَ بُدَّ مِنْ رَفْعِهِ، وَإِنْ كَانَ يَتَعَذَّرُ رَفْعُهُ بِتَعَزُّزِهِ أَوْ تَوَارِيهِ فَإِنْ ظَفِرَ بِجِنْسِ حَقِّهِ فَلَهُ أَخْذُهُ، وَإِنْ كَانَ قَدْ ظَفِرَ بِغَيْرِ جِنْسِ حَقِّهِ فَقَوْلاَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يقال: ادَّعَيْتُ على فلان كذا ادِّعَاءً. والاسْمُ الدَّعْوَى، والادِّعَاءُ: افتعالٌ[1] من الدَّعْوَةِ؛ كأن المُدَّعِي يَدْعُو المدَّعي[2] إلى نَفْسِهِ[3]، ولا يُشْتَرَطُ في وقوع اسْمِ المُدَّعي على الشَّخْصِ من جهة اللُّغَةِ أن يكون المُدَّعَى في يَدِ غيره، أو في ذِمَّتِهِ،

---

(١) في ز: أفعال. (٢) في أ: الدعاء.

(٣) هي قول مقبول يقصد به الإنسان إيجاب حق له على غيره سواء كان ذلك حال المنازعة أو لا وتقول العرب ادعى كذا ادعاء زعم أن له حقاً وباطلاً والاسم منه الدعوى والجمع دعاوى بالفتح ودعاوي وبالكسر وهو الراجح عند سيبويه عند الإضافة إلى الضمير وغلب الكسر في دعوى النسب والفتح في المأدبة واسم المدعي يتناول في العرف من لا حجة له ولا يتناول من له حجة ولذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعي النبوة ولا يقال ذلك بالنسبة للنبي ﷺ لأن نبوته ثبتت بالمعجزة فالمطالب بحقه قبل قيام حجة يسمى مدعياً وبعدها يسمى محقاً.

تعريف الدعوى في الاصطلاح

هي قول مقبول عند القاضي يقصد به الإنسان طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه:

سببها المحافظة عن تحصيل الحقوق التي يترتب عليها بقاء النوع الإنساني أو شخص المدعى من تقوى عليها فمثال ما يترتب عليه بقاء النوع النكاح وما يترتب عليه بقاء الشخص الأموال بجميع أنواعها وما يرتبط بها.

ينظر: تبيين الحقائق ٤/ ٢٩٠، فتح القدير ٨/ ١٥٢، والمشرح الصغير ٢/ ٦٩٣، والكافي ٢/ ٩٢١، الإشراف ٢/ ٣٥١، الصحاح ٦/ ٢٣٣٦، والمصباح المنير ١/ ٢٦٥.

بل يقع الاسْمُ عليه مع كون الشَّيْءِ عنده. ومنه الادِّعَاءُ في الحَرْبِ، وهو الاعتزاز بأن يقول: أَنَا فلان ابن فلان.

وقيل: الدَّعْوَى في اللغة التَّمَنِّي؛ ومنه قوله عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَدَّعُونَ﴾ [فصلت ـ ٣١].

وأما لَفْظَةُ البَيِّنَةِ فهي بَيِّنَةٌ، والأحاديث التي هي أُصُولُ الباب مَشْهُورَةٌ، نحو ما رُوِيَ عن ابنِ عَبَّاسٍ ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ»(١) ويُرْوَىٰ: «لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لادَّعَىٰ نَاسٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ»(٢).

ويُرْوَىٰ أن رَجُلاً من «حَضْرَمَوْتَ» وآخَرَ من «كِنْدَةَ» أَتَيَا رسول الله ﷺ فقال الحَضْرَمِيُّ: يَا رَسُولَ الله: إن هذا غَلَبَنِي على أرْضٍ لي كانت لِأَبِي، فقال الكِنْدِيُّ: هي أرْضِي في يَدِي أَزْرَعُهَا، ليس له فيها حَقٌّ، فقال النبي ﷺ لِلْحَضْرَمِيِّ: «أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟». قال: لا. قال: «فَلَكَ يَمِينُهُ». قال: يا رَسُولَ الله: إن الرَّجُلَ فَاجِرٌ لا يُبَالِي على ما حَلَفَ عليه ـ قال: «لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إلاَّ ذَلِكَ»(٣).

هذا تَمْهِيدُ الكتاب.

قال حُجَّةُ الإِسْلاَمِ: «وَمَجَامِعُ الخُصُومَاتِ تَدُورُ على خمسة: الدعوى، والجَوَاب، واليَمِينُ، والبَيِّنَةُ، والنُّكُولُ». وذلك لأن المُتَخَاصمين في الخُصُومَاتِ الشَّرْعِيَّةِ، أحدهما طالب، وطَلَبُ الحَقِّ هو: الدَّعْوَىٰ، وحُجَّتُهُ عليه: البَيِّنَةُ، والآخر مَطْلُوبٌ منه، فإن أجاب بالإِقْرَارِ فذاك، وإن أَنْكَرَ فَحُجَّتُهُ اليَمِينُ، وإن نَكَلَ لم يُقْنَعْ منه بذلك، بل تُرَدُّ اليَمِينُ على الطَّالِبِ، وكلام الكتاب في بَيَانِ هذه الأمور الخَمْسَةِ، وأحكامها.

الأول: الدَّعْوَىٰ ـ وفيه مَسَائِلُ:

---

(١) أخرجه البيهقي ١٠/٢٥٢.
من طريق الفريابي عن سفيان عن نافع بن عمر، عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس وفيه قصة، وهو في المتفق عليه بلفظ: اليمين على المدعى عليه، حسب، وعزاه ابن الرفعة لمسلم فوهم، وزعم الأصيلي أن قوله لكن البينة إلى آخره من قول ابن عباس، أدرج في الخبر، حكاه القاضي عياض، وفي الباب عن مجاهد عن ابن عمر لابن حبان في حديث، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده للترمذي، والدارقطني وإسناده ضعيف.

(٢) أخرجه البخاري [٤٥٥٢]، ومسلم [١٧١١] عن ابن عباس.

(٣) أخرجه مسلم [١٣٩] من حديث وائل بن حجر بتمامه، والحضرمي هو وائل المذكور، والكندي هو امرؤ القيس بن عابس، واسمه ربيعة.

إحداها: في أن المستحق متى يَحْتَاجُ إلى المُرَافَعَةِ والدَّعْوَى، والحَقُّ إما عُقُوبَةٌ أو مَالٌ؛ إن كان عُقُوبَةً كالقِصَاصِ، وحَدِّ القَذْفِ، فَلاَ بُدَّ فيه من الرَّفْعِ إلى الحَاكِمِ، لعظم خَطَرِهِ، والاحتياط في [إثباته][(١)] أوَّلاً[(٢)]، واسْتِيفَائِهِ على ما تَقْتَضِيهِ السِّيَاسَةُ مَن وجوه الناس ثانياً. وإن كان مَالاً، فهو إما عَيْنٌ، أو دَيْنٌ؛ إن كان عَيْناً، فإن قَدَرَ على اسْتِرْدَادِهَا من غير تَحْرِيكِ فتنة، اسْتَقَلَّ به، وإلا فَلاَ بُدَّ من الرَّفْعِ[(٣)].

وأما الدَّيْنُ فإن كان مَنْ عليه مُقِرّاً غَيْرَ مُمْتَنِعٍ من الأداء، فَيُطَالِبُهُ لِيُؤَدِّيَ، وليس له أن يَأْخُذَ شَيْئاً من مَالِهِ؛ لأن الخِيَارَ في تَعْيِينِ المَالِ المَدْفُوعِ إلى مَنْ عليه، فإن خَالَفَ وَأَخَذَ شَيْئاً من مَالِهِ رَدَّهُ، فإن تَلِفَ عنده وَجَبَ ضَمَانُهُ، فإنِ اتَّفَقَا جاء خِلاَفُ التَّقَاصِّ، وإن لم يكن كذلك، فإمَّا أن يُمَكِّنَ من تحصيل الحَقِّ منه بالقَاضِي، أَوْ لا يُمَكِّنَ.

إن لم يمكن بأن كان مُنْكِراً ولا بَيِّنَةَ لصاحب الحَقِّ، فله أن يأخذ جِنْسَ حَقِّهِ من مَالِهِ، إن ظَفِرَ به، ولا يَأْخُذُ غَيْرَ الجِنْسِ، وهو ظَافِرٌ بالجنس.

وفي «التهذيب» وَجْهٌ: أنه يجوز، وإن لم يَجِدْ إلا غَيْرَ الجنس. حَكَى جَمَاعَةٌ من الأصحاب منهم الفُوْرَانِيُّ [والإمام][(٤)]، وصاحب الكتاب في جواز

---

(١) سقط في: ز.

(٢) عن الماوردي أنه قال في باب أصول الفحل أن من وجب له على شخص تعزير أو حد قذف وكان في بادية بعيداً عن السلطان له استيفاؤه.
قال الشيخ ابن عبد السلام في قواعده: لو انفرد بحيث لا يرى فينبغي أن لا يمنع من القصاص ولا سيما إذا عجز عن إثباته.
وقول المصنف «فلا بد من الرفع إلى الحاكم» كان ينبغي أن يقول أو محكم لئلا يوهم أن المحكم ليس ذلك وهو كالقاضي في ذلك، وكذا لو استوفاه بدون رفع إلى الحاكم فإن القصاص يقع وإن أساء فيما فعل، ويستثنى من إطلاق الشيخ مسألتان:
إحداهما: إذا قتل من لا وارث له فلا يشترط فيه الدعوى عند قاض لأن الحق للمسلمين فتقبل فيه شهادة الحسبة ولا يحتاج إلى دعوى الحسبة بل في سماعها خلاف.
ثانيهما: قتل قاطع الطريق الذي لم يتب قبل القدرة عليه لا يشترط فيه دعوى لأنه لا يتوقف على طلب.

(٣) أطلق المصنف العين، وقال في القوت: الظاهر أن هذا الكلام إنما هو في ذي اليد العارية ومن في حكمها، أما لو كانت بيد أمين باذل لم يجز له أخذها بغير إذنه أو علمه ولا دخول منزله لأجلها وإن لم يخف ضرراً بل سبيله الطلب، وكذلك المبيع إن كان الثمن مؤجلاً أو مقبوضاً، والبائع باذل له في ذلك من الأذى بظن الذهاب ألا تراهم بوبوا باب أخذ الحق ممن يمنعه وجرى على ذلك في الخادم.

(٤) سقط في: أ.

الأَخْذِ قولين(١): **أحدهما**: المنع؛ لأنه لا يَتَمَكَّنُ من تَمَلُّكِهِ، وليس له أن يَبِيعَ مَالَ غَيْرِهِ لنفسه.

والثاني: الجَوَازُ - وهو الَّذِي أَوْرَدَهُ عَامَّةُ الأَصْحَابِ - رحمهم الله - لما رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنَّ هِنْداً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ - إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَإِنَّهُ لاَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي إِلاَّ مَا أَخَذْتُ مِنْهُ سِرّاً وَهُوَ لاَ يَعْلَمُ - فَهَلْ عَلَيَّ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ؟ فقال النَّبِيُّ ﷺ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ»(٢) جَوَّزَ لها الأَخْذَ من غير فَرْقٍ بين الجِنْسِ وغير الجنس.

وقال أبو حَنِيفَةَ: يأخذ جِنْسَ حَقِّهِ، ولا يَأْخُذُ غَيْرَ الجِنْسِ، إلا أن يكون حَقُّهُ الدَّرَاهِمَ، فيأخذ الدَّنَانِيرَ، وبالعكس.

وعن أحمد أنه لا يَأْخُذُ الجِنْسَ، وهذه رواية عن مَالِكٍ، والأَشْهَرُ عنه، أنه [إن](٣) لم يكن على المَدْيُونِ دَيْنٌ آخر، فله أَخْذُهُ، وإن كان فلا يأخذ إلا قَدْرَ حِصَّتِهِ، وإن أَمْكَنَ تحصيل(٤) الحق بالقاضي؛ بأن كان مُقِرّاً، لكنه يَمْتَنِعُ من الأَدَاءِ، أو كان مُنْكِراً، وللمستحق بَيِّنَةٌ، فهل يَسْتَقِلُّ بالأخذ، أم تجب(٥) المُرَافَعَةُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: المَنْعُ من الاسْتِقْلاَلِ، كما لو أَمْكَنَهُ تَحْصِيلُ الحَقِّ بالمُطَالَبَةِ والتَّقَاضِي. ومن قال بهذا، قال: لو كان مُنْكِراً ولا بَيِّنَةَ، ولكن صاحب الحق يَرْجُو إِقْرَارَهُ لو أحضره عند القَاضِي، وعَرَضَ عليه اليَمِينَ، وجب إِحْضَارُهُ أيضاً.

وأصحهما: على ما ذكر القَاضِيَانِ: أبو الطيب، والروياني ويُحْكَىٰ عن أبي إسحاق وابن أبي هُرَيْرَةَ أنه يَجُوزُ الاسْتِقْلاَلُ(٦)، لحديث هِنْدٍ بأنه ﷺ لم يَأْمُرْهَا بالمُرَافَعَةِ؛ لأن في المرافعة مُؤْنَةً ومَشَقَّةً وتَضْيِيعَ زَمَانٍ، والمذكور في الكتاب هو الوَجْهُ الأول.

وقوله: «وإن تَعَذَّرَ رَفْعُهُ بِتَعَزُّزِهِ، أو تَوَارِيه، فإن ظَفِرَ بِجِنْسِ حَقِّهِ، فله أخذه». الحكم على ما ذَكَرَهُ مَنُوطٌ بِتَعَذُّرِ رَفْعِ الخَصْمِ إلى القاضي. وعلى هذا فالغَائِبُ كالمُتَعَذِّرِ والمُتَوارِي، وكذلك هو في كلام الإِمَامِ ونَاطَ صاحب «التهذيب» وغيره الحُكْمَ بِتَعَذُّرِ

---

(١) عبارة الروضة: «جاز الأخذ على المذهب» وفيه إثبات طريقين وقال الروياني في البحر: قال بعض أصحابنا بخراسان فيه قولان وهو غلط بل نص الشافعي على قول واحد أنه لا يجوز.

(٢) تقدم. (٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: يحصل. (٥) في ز: يحيا.

(٦) قال في الخادم: تسويته بين المقر المماطل والمنكر الذي عليه البينة في جريان الخلاف ذكره الماوردي لكن مقتضى كلام من سبق عنه المنع وبذلك صرح الإمام والغزالي وقالا: إن المقر المماطل لا يجري فيه الخلاف بل يمتنع عليه قطعاً لإقراره، وسبقه بذلك الأذرعي.

تحصيل الحَقِّ لا بتعذر رفع الخصم، وقَضِيَّتُهُ أن يكون الغَائِبُ والمُتَوَارِي والمتعذر كالحاضر المقر؛ لإمْكَانِ تَحْصِيلِ الحَقِّ منهم، بإقامة البَيِّنَةِ عند القَاضِي. ولا بَأْسَ لو أعلم قوله: «فله أخذه» بالميم والألف؛ لما سَبَقَ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ قُلْنَا: يَأْخُذُ فَيَرْفَعُهُ إِلَى القَاضِي حَتَّى يَبِيعَ فِي حَقِّهِ بَعْدَ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ عَلَى أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ المَالَ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَسْتَقِلُّ بِالبَيْعِ بِجِنْسِ حَقِّهِ، وَقِيلَ: بَلْ يَتَمَلَّكُ مِنَ العَيْنِ بِمِقْدَارِ حَقِّهِ، وَلَوْ تَلِفَ قَبْلَ البَيْعِ وَالتَّمَلُّكِ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِ، وَإِنْ لَمْ يُبَادِرْ إِلَى البَيْعِ حَتَّى نَقَصَتِ القِيمَةُ، فَهُوَ مَحْسُوبٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَظْفَرْ إِلاَّ بِمِتَاعٍ يُسَاوِي أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ لَمْ يَضْمَنِ الزِّيَادَةَ وَإِنْ تَلِفَ لأَنَّهُ مَعْذُورٌ فِي حَقِّهِ فِي أَخْذِهِ حَتَّى لَوْ نَقَبَ الجِدَارَ لِيَأْخُذَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَرْشُ النَّقْبِ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ يَضْمَنُ الزِّيَادَةَ، وَلَوْ كَانَ حَقُّهُ دَرَاهِمَ صِحَاحاً فَأَخَذَ المُنْكَسِرَةَ وَرَضِيَ بِهَا جَازَ، وَإِنْ كَانَ بِالعَكْسِ لَمْ يَجُزْ إِلاَّ أَنْ يَبِيعَ بِالدَّنَانِيرِ وَيَشْتَرِيَ بِهَا جِنْسَ حَقِّهِ، وَلَوْ جَحَدَ مَنْ عَلَيْهِ الحَقُّ وَلَهُ عَلَى المُسْتَحِقِّ مِثْلُهُ جَازَ لَهُ أَيْضاً أَنْ يَجْحَدَ وَيَحْصُلَ التَّقَاصُّ لِلضَّرُورَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مهما جَازَ للمستحق أن يَأْخُذَ مَالَ مَنْ عليه، فلو لم يَصِلْ إلى المال إلا بِكَسْرِ الباب، وثُقب الجِدَارِ، مُكِّنَ مِنه، ليصل إلى حَقِّهِ، ولا يضمن ما فَوَّتَهُ، كمن لم يَقْدِرْ على دَفْعِ الصَّائِلِ إلا بإتلاف[1] ماله، فَأَتْلَفَهُ لا يَضْمَنُ.

ونقل بَعْضُهُمْ وَجْهاً: أنه يَضْمَنُ، ثم إذا كان المَأْخُوذُ من جِنْسِ الحق، فله تَمَلُّكُهُ[2]، وإن لم يكن من جِنْسِهِ، لم يكن له التَّمَلُّكُ.

وحكى الإمام وَجْهاً: أنه يَتَمَلَّكُ منه بِقَدْرِ حَقِّهِ، ويَسْتَقِلُّ بِالمُعَاوَضَةِ، كما يستقل بالتَّعْيِينِ عند أَخْذِ الجِنْسِ.

---

(١) في ز: الإتلاف.

(٢) قال الأذرعي قضية كلام التنبيه أنه يملكه بالأخذ ولا يحتاج إلى إحداث بملك جديد، وعبارة تعليق إبراهيم المروزي فإن أخذ جنس حقه إن كان من ذلك النوع بتلك الصفة كما أخذه ملكه ولا يحتاج إلى اختيار التملك. انتهى.
ووجهه إنما أخذه مستوفياً بإذن الشارع فأشبه ما لو أقبضه إياه الحاكم فإنه يملكه بالأخذ، وعبارة الحاوي ويصير بأخذه في ضمانه، وعلى ملكه، ويجوز أن يحمل كلام الشيخين على هذا، ويكون المراد بقولهما فإنه تملكه أو تموله والتصرف فيه بالأخذ، لا أنه يحتاج إلى إحداث قصد تملك بعد الأخذ، وهذا ظاهر إن أخذه بقصد الاستيفاء، أما لو لم يقصده فلا بد من تملك يحدثه.

والمشهور الأول، وما الذي يفعل به؟ أَيَرْفَعُهُ إلى القاضي لِيَبِيعَهُ، أو يَسْتَقِلُّ؟ فيه وجهان[١] ويُقَالُ: قولان[٢].

أحدهما: أنه يرفع الأَمْرَ إليه، وإلا فكيف يلي التَّصَرُّف في مال غيره لنفسه.

والثاني: أن له أن يَبِيعَهُ بِنَفْسِهِ، وامْتِنَاعُ مَنْ عليه يُسَلِّطُهُ على البيع، كما يسلّط على الأَخْذِ. وإِيرَادُ الكتاب يَقْتَضِي تَرْجِيحَ الأَوَّل، إلا أن العِرَاقِيِّينَ، والقاضي الرُّويَانِيَّ، وأَبَا الحسن العَبَّادِيّ ذكروا أن الأَصَحَّ الثاني. وبه أجاب صاحب «التهذيب»، ولكن فيما إذا كان القاضي جَاهِلاً بالحال، ولا بَيِّنَةَ للأخذ[٣].

وأما إذا كان القَاضِي عَالِمَاً، فَظَاهِرُ المذهب أنه لا يَبِيعُهُ إلا بِإِذْنِهِ.

وبنى الشَّيْخُ أبو مُحَمَّدٍ في «السلسلة» الخِلاَفَ في المسألة على الخِلاَفِ في أن مُلْتَقِطَ اللَّقِيطِ إذا وَجَدَ معه مَالاً مَشْدُوداً على ثَوْبِهِ، وأراد إِنْفَاقَهُ عليه، هل يرفع الأَمْرَ إلى القاضي أم يَسْتَقِلُّ به؟ هكذا وضع الخلاف في الإِنْفَاق. ويُحْكَىٰ مِثْلُ هذا عن القَفَّالِ، لكن المذكور في باب اللَّقِيطِ، أنه لا يَسْتَقِلُّ بالإِنْفَاقِ من غير التَّعَرُّضِ لخلافٍ فيه، وإنما الخِلاَفُ في أنه، هل يَسْتَقِلُّ بالحِفْظِ؟

فإن أَلْزَمْنَاهُ الأَخْذَ، ورفع الأمر إلى القاضي، فهل للقاضي أن يَأْذَنَ له في بَيْعِهِ، أو يفوضه[٤] إلى غيره؟ حكى الشيخ أبو حَاتِم القزويني فيه وجهين، والأَشْبَهُ الأَوَّلُ. وكيف طريقه عند الرفع؟ ذُكِرَ في الكتاب، أن القَّاضِي يَبِيعُهُ عليه بعد إِقَامَةِ البَيِّنَةِ على اسْتِحْقَاقِ المال، وهذا يُبْطِلُ فَائِدَةَ تَجْوِيزِ البَيْعِ عند العَجْزِ عن البَيِّنَةِ.

وقيل: يُوَاطِىءُ رَجُلاً يُقِرُّ له بالحَقِّ، ويمتنع من الأَدَاءِ، ويقر له الأَخْذ بالمال حتى يَبِيعَهُ القاضي، وهذا إِرْشَادٌ إلى الكَذِبِ من الطرفين. ويضعف التَّفْرِيع على وُجُوبِ الرَّفْعِ، يُقَوِّي وَجْهَ الاستقلال بالبيع ثم عند البَيْعِ إن كان الحَقُّ من جِنْسِ نَقْدِ البلد، فيباع المَأْخُوذُ به، وإن لم يكن، فإن ظَفِرَ بِثَوْبٍ، والدَّيْنُ حِنْطَةٌ، فيباع الثوب بنقد البلد، ويشتري به الحِنْطَة.

وحكى الإِمَامُ ـ قَدَّسَ اللَّهُ رُوحَهُ ـ عن مُحَقِّقِي الأصحاب ـ رحمهم الله ـ أنه يجوز أن يَشْتَرِيَ الحِنْطَةَ بالثَّوْبِ، ولا يَتَوَسَّط النقد[٥] بينهما، وقد سَبَقَ نَظِيرُهُ وهل يكون

---

(١) في أ: قولان. (٢) في أ: وجهان.

(٣) مرادهم بالبينة البينة على الحق، لكن هو وإن كانت له بينة على الحق، فليس له بينة على أن المال الذي ظفر به ملك للغائب المدعى عليه، فلا بد من تقييد المسألة بذلك.

(٤) في ز: تفويضه. (٥) في ز: النقل.

المَأْخُوذُ مَضْمُوناً على الآخِذِ حتى إذا تَلِفَ قبل البَيْعِ والتملك، تَلِفَ من ضمانه؟

فيه وجهان: في وجه نعم[١]؛ لأنه أَخَذَهُ لِغَرَضِ نَفْسِهِ، فأشبه المُسْتَامَ وبل أَوْلَى؛ فإن المَالِكَ لم يَأْذَنْ فيه، ولأن المُضطَرَّ إذا أخذ ثَوْبَ الغَيْرِ لدفع الحَرِّ، وتَلِفَ في يَدِهِ يَضْمَنُ. وكذلك ههنا وفي آخر: لا؛ لأنه مَأْخُوذٌ لِلتَّوَثُّقِ، والتَّوَصُّلِ به إلى الحَقِّ، فأشبه الرَّهْنَ.

وإذن الشرع في الأَخْذِ، يَقُومُ مَقَامَ إِذْنِ المالك. وهذا أَصَحُّ عند القاضي الرُّوياني، والأول أَقْوَى في المعنى، وهو الذي أَوْرَدَهُ الصَّيْدَلاَنِيُّ، والإمام، وصاحب الكتاب ـ رحمهم الله [وإيَّانا][٢] ـ. وإذا قِيل: به ينبغي أن يُبَادِرَ إلى البَيْعِ بِحَسَبِ الإِمْكَانِ، فإن قصر، فَنَقَصَتْ قِيمَتُهُ؛ ضَمِنَ النُّقْصَانَ.

وإذا فرض في القيمة انْخِفَاضٌ وارْتِفَاعٌ، وتَلِفَ، فهي مَضْمُونَةٌ عليه بالأكثر، كذلك ذكره في «التهذيب».

ولو اتَّفَقَ ردّ العين، لم يضمن نُقْصَانَ القيمة، كالغَاصِبِ ولو باعه، وتَمَلَّكَ ثَمَنَهُ، ثم وفَّى المُسْتَحَقّ دَيْنَهُ عليه، ففيما علق عن الإمام: أنه يجب أن يَرُدَّ إليه قِيمَةَ المَأْخُوذِ؛ كما إذا[٣] ظَفِرَ المالك بغير جِنْسِ المَغْصُوبِ من[٤] مال الغاصب[٥]، وأخذه، وبَاعَهُ، ثم رَدَّ الغَاصِبُ المَغْصُوبَ، كان على المَالِكِ: أن يَرُدَّ قِيمَةَ ما أَخَذَهُ وباعه، لكن أَخْذَ المستحقّ، وبَيْعَهُ، وتَمَلُّكَهُ بالثمن، نَازِلٌ مَنْزِلَةَ دَفْعِ المستحق عليه.

وما دام المَغْصُوب باقياً، فهو المُسْتحقّ، والقيمة تؤخذ لِلْحَيْلُولَةِ، فإذا رَدَّ العين، فَتُرَدُّ القيمة؛ كما لو دفع القِيمَةَ بِنَفْسِهِ. وها هنا المستحق الدَّيْن، فإذا باع وأخذ، فما ينبغي أن يَرُدَّ شيئاً، ولا أن يُوفّر عليه بعد ذلك شَيْءٌ ـ والله أعلم ـ.

---

(١) مقتضاه جريان هذا الخلاف فيما إذا كان المأخوذ من جنس حقه أو غيره، لكن الأصحاب إنما صوروه في غير الجنس ليستوفي من ثمنه ببيعه فتلف قبل ذلك، أما إذا كان من جنسه فقد سبق أنه يملكه بالأخذ ولا يحتاج إلى إحداث تملك جديد، وحينئذ فيدخل في ضمانه بمجرد الأخذ بهذا القصد بلا خلاف. وقال بعضهم: الخلاف في الضمان وعدمه في غير الجنس إذا لم يتمكن من بيعها فإن تمكن واستعادها ضمن وجهاً واحداً. قاله الماوردي، وفي الكفاية القطع بالضمان إذا ظفر بغير جنسه وقيمته قدر حقه وأتلف في يده.

(٢) سقط في: أ.

(٣) في ز: إن.

(٤) في ز: في.

(٥) هذا الذي نقله عن التعليق عن الإمام أنه يجب أن يرد إليه جزم به القاضي الحسين في تعليقه، وكذلك هو موجود في النهاية للإمام فيما إذا غصب عيناً، وظفر بعين غيرها لا في الدين، وما حاوله من أنه ينبغي ألا يرد شيئاً ولا يعطي شيئاً تخرج منه التفصيل بين أن يكون المستحق الدين فلا يرد والعين المغصوبة فيرد لكن القاضي الحسين صرح في إحدى التعليقتين بذلك في العين المغصوبة وصرح في الأخرى بالآخر فقال: فإن رد الدين عليه يوماً يرد عليه قيمة ما أخذ.

وليس له الانْتِفَاعُ بالعَيْنِ المَأْخُوذَةِ. فإن انْتَفَعَ، فعليه أُجْرَةُ المِثْلِ. ثم في باقي الفصل صُوَرٌ:

إحداها: لا يأخذ المُسْتَحِقُّ أَكْثَرَ من حَقِّهِ؛ إذا أَمْكَنَهُ الاقْتِصَارُ عليه، فإن زاد، فالزِّيَادَةُ مَضْمُونَةٌ عليه، فإن لم يمكنه، بأن يُوفَّر عليه بعد ذلك شَيْءٌ - والله أعلم -.

وليس له الانْتِفَاعُ بالعَيْنِ المَأْخُوذَةِ. فإن انْتَفَعَ، فعليه أُجْرَةُ المِثْلِ. ثم في باقي الفصل صُوَرٌ:

إحداها: لا يأخذ المُسْتَحِقُّ أَكْثَر من حَقِّهِ؛ إذا أَمْكَنَهُ الاقْتِصَارُ عليه، فإن زاد، فالزِّيَادَةُ مَضْمُونَةٌ عليه، فَإِن لم يمكنه، بأن لم يَظْفَرْ [إلا][1] بِمَتَاع تزيد قِيمَتُهُ على حَقِّهِ[2]، فإن قلنا: لو كان المأخوذ قَدْرَ حَقِّه كان مضمُوناً عليه. ففي الزِّيَادَةِ وجهان:

أحدهما: أنها مَضْمُونَةٌ كالأصل.

وأرجحهما: على ما يَقْتَضِيهِ نظم الكتاب: المنع؛ لأنه لم يأخذه بحَقِّهِ، وهو مَعْذُورٌ في أخذه؛ وإن قلنا: إن المَأْخُوذَ بقدر الحَقِّ لا يضمن، فكذلك الزِّيَادَةُ.

وإن كان المأخوذ أَكْثَرَ من الحق، فإن كان مما لا يتجزأ[3]، بَاعَ منه بقدر حَقِّهِ.

وينبغي في رَدِّ الباقي إليه بِهِبَةٍ ونحوها. وإن كان مما لا يتجَزَّأ[4] فإن قَدَرَ على بَيْع البَعْضِ، مما هو حِصَّتُهُ لو بيع الكل؛ باعه، ويسعى في رَدِّ الباقي على ما ذكرنا، وإن لم يَقدر عليه، باع الكل، وأَخَذَ من ثمنه قَدْرَ حَقِّهِ، ويُحْفَظُ الباقي إلى أن يرد عليه، ذكره ابْنُ الصَّبَّاغِ، والقاضي الروياني.

الثانية: لو كان حَقُّهُ دَرَاهِمَ صِحَاحاً، وظَفِرَ بالمُكَسَّرِ، فله أن يَأْخُذَهَا، ويتملكها بحَقِّه. وإن استحق المُكَسَّرَةَ، وظَفِرَ بالصِّحَاحِ، حكى الإمام فيه طريقين:

---

(١) سقط في: ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني: قوله: «بأن لم يظفر إلا بمتاع» ليس قيداً وإنما هو مثال حتى لو فرضنا أنه وجد دراهم أكثر من حقه ولكن لم يمكنه إلا أخذ الكل مثلاً لم يكن ضامناً الزيادة على الأصح، ولو أفرز الزيادة جاء بردها على المديون بطريق هبة ونحوها، فأخذت منه في الطريق بوجه لا يضمن المودع به، فإنه لا يبقى عليه عهدة بخلاف ما لو جاء ليقترض مبلغاً فأخرج له المقرض أكثر منه على ظن أنه قدر المبلغ المطلوب، فإن المقرض إذا جاء فوجده زائداً فأفرز الزيادة ثم أراد ردها فأخذت منه على وجه لا يقتضي تضمين الأمين فإنه يكون الذاهب شائعاً في المقترض، وفي الزائد والباقي عند كذلك، والعرض أن القرض هنا اختيار، فلا قسمة إلا بالتراضي واستقلاله بالقسمة يتعذر وههنا يشرع فيه الأخذ للضرورة، فسلط الأخذ على القسمة للضرورة أيضاً.

(٣) في ز: يتحرى.

(٤) في ز: يتحرى.

أحدهما: جَوَازُ الأَخْذِ لاتحاد[١] الجِنْسِ.

والثاني: أنه على الخِلاَفِ المَذْكُورِ فيما إذا ظَفِرَ بغيرِ الجِنْسِ؛ لاخْتِلاَفِ الغَرَضِ باخْتِلاَفِ الصِّفَاتِ، كاخْتِلاَفِهِ باختلاف الأَجْزَاءِ.

وإذا كان أخذها لم يكن له أن يَتَمَلَّكَهَا، ولا أن يَشْتَرِيَ بها المُكَسَّرَةَ، لا مع التَّفَاضُلِ لما فيه من الرِّبَا ولا بِصِفَةِ التسَاوِي؛ لاختلاف المالية، والإِجْحَافِ بالمَأْخُوذِ منه، ولكن يَبِيعُ صِحَاحَ الدَّرَاهِمِ بالدَّنَانِيرِ يَشْتَرِي بها الدَّرَاهِمَ المُكَسَّرَةَ.

الثالثة: شخصان، ثَبَتَ لكل واحد منهما على الآخَرِ مِثْلُ ما للآخر عليه. ففي حصول التَّقَاصِّ أَقْوَالٌ معروفة، أَوْرَدَهَا صاحب الكِتَابِ في كتاب الكتابة. فإن قلنا: لا يحصل التَّقَاصُّ، وجَحَد أحدهما حَقَّ الآخر فهل للآخر أن يَجْحَدَ حَقَّهُ؟

قال في «الوسيط»: فيه وجهان يلتفتان[٢] إلى الظَّفَرِ بغير جِنْسِ الحَقِّ [كان اختلاف][٣] الدينين بمَثَابَةِ اختلاف الجنس[٤]؛ كما ذكرنا في اخْتِلاَفِ المَالَيْنِ في الصِّحَّةِ والتَّكْسِيرِ. والمذكور في الكتاب؛ أن له أن يَجْحَدَ، ويحصل التَّقَاصّ لِلضَّرُورَةِ، وهو مُوَافِقٌ لما مَرَّ في تَجْوِيزِ الأَخْذِ عند الظَّفَرِ بغير الجِنْسِ، ومَوَاضِعِ العَلاَمَاتِ من[٥] الفصل لا تخفى.

فرع:

كما يجوز الأَخْذُ من مال الغَرِيم الجَاحِدِ، أو المماطل، يجوز الأَخْذُ من مال غَرِيمِهِ، كما إذا كان لِزَيْدٍ على عَمْرو دَيْنٌ، ولعمرو على بَكْرٍ مِثْله، يجوز لزيد أن يَأْخُذَ مَالَ بَكْرٍ بِمَالِهِ على عمرو، ولا يمتنع من ذلك رَدّ عمرو إِقْرَار بَكْرٍ له، ولا جُحُود بَكْرٍ استحقاق زيد على عمرو[٦].

آخر: جحد دَيْنَهُ، وله عليه صَكٌّ بِدَيْنٍ آخر قد قَبَضَهُ، وشهود الصَّكِّ لا يعلمون

---

(١) في ز: لإيجاد. (٢) في ز: يلتقيان.

(٣) سقط في: أ.

(٤) لم يجزم الرافعي بالتصحيح إلا أنه نقل عن الوسيط التفات الخلاف إلى الظفر بغير جنس الحق ومقتضاه ترجيح الجواز فلهذا أفصح به في الروضة لكن قال ابن الصلاح في مشكله: قول الوسيط «يلتحقان على الظفر بغير جنس حقه» فيه إشكال من حيث إن الدينين متجانسان فلم يلتحق بالظفر بغير جنس حقه.

(٥) في ز: في.

(٦) هذا الذي جزم به تبع فيه البغوي ومقتضى كلام المتولي المنع فإنه قال في باب التفليس في الفصل الثالث في قضاء دين البيع: إذا كان له دين على جاحد وللغريم دين على آخر فظفر بمال غريم غريمه فهل له أن يأخذ منه؟ فيه وجهان.

القَبْضَ؛ قال القاضي أبو سَعْدٍ: يَدَّعِي ذلك، ويقيم البَيِّنَةَ، ويقبضه بِدَيْنِهِ الآخر.

وفي فتاوى القَفَّالِ: أنه ليس له إقَامَةُ أولئك الشهود؛ لأنهم لو شَهِدُوا، وقال المدعى عليه؛ إني قَضَيْتُ ما شهدوا به، واسْتَحْلَفَهُ، لم يكن له الحلف، وذلك يَدُلُّ على أن ما يَشْهَدُونَ به غير ما يَدَّعِيهِ[1]. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ فِي حَدِّ المُدَّعِي وَفِيهِ قَوْلاَنِ: (أَحَدُهُمَا:) أَنَّهُ الَّذِي يُخَلَّىٰ وَسُكُوتَهُ (وَالثَّانِي) أَنَّهُ الَّذِي يَدَّعِي أَمْراً خَفِيّاً عَلَى خِلاَفِ الظَّاهِرِ، فَلَوْ أَسْلَمَا قَبْلَ المسِيسِ فَقَالَ: أَسْلَمْنَا مَعاً وَالنِّكَاحُ دَائِمٌ بَيْنَنَا وَقَالَتْ: بَلْ عَلَى التَّعَاقُبِ فَالزَّوْجُ هُوَ الَّذِي خُلِّيَ وَسُكُوتَهُ لَكِنَّ المَرْأَةَ هِيَ الَّتِي تَدَّعِي أَمْراً ظَاهِراً، فَإِنَّ تَسَاوُقَ الإِسْلاَمِ بَعِيدٌ، فَالقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُخَرَّجُ عَلَى القَوْلَيْنِ، وَأَمَّا المُوَادَعُ إِذَا ادَّعَىٰ رَدَّ الوَدِيعَةِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ لِلرُّخْصَةِ، وَلأَنَّهُ اعْتُرِفَ لَهُ بِالأَمَانَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَرَفْنا بالخَبَرِ، أن البَيِّنَةَ على المُدَّعِي، واليَمِين على من أَنْكَرَ.

واستُنْبِطَ سَبَبُهُ؛ فقيل: جانب المُنْكِرِ أقوى، لمُوَافَقَتِهِ الظاهر، والبَيِّنَةُ أَقْوَى من اليمين لِبَرَاءَتِهَا عن تُهْمَةِ جَلْبِ النفع. فَجُعِلَتِ البَيِّنَةُ على المُدَّعِي لتجبر قوة الحجةِ ضعفَ الجَنَبةِ، وَمُنِعَ من المنكر بالحُجَّةِ الضعيفة، لقوة جَنْبته، وهذه القاعدة تُحوِجُ إلى مَعْرِفَةِ المُدَّعِي والمُدَّعَى عليه، ليُطَالَب هذا بِحُجَّتِهِ، وهذا بحجته، إذا تَخَاصَمَا، فجعل صاحب الكتاب المسألة الثانية: في حَدِّ المُدَّعِي والمُدَّعَى عليه وفيه قولان:

أحدهما: أن المدَّعِي من المُتَخَاصمين هو الذي لو سَكَتَ خُلِّيَ، ولم يُطَالَبْ بشيء، والمُدَّعَىٰ عليه من لا يُخلَّىٰ ولا يُقْنعُ منه بالسُّكُوتِ.

والثاني: أن المُدَّعِي من يذكر أَمْراً خَفِيّاً يخالف الظَّاهِرَ، والمُدَّعَى عليه من يُوَافِقُ قَوْله الظاهر.

فإذا ادَّعَى زيد دَيْناً في ذِمَّةِ عمرو، أو عَيْناً في يَدِهِ، وأنكر، فزيد هو الَّذِي لو سكت ترك، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر؛ لأن الظَّاهِرَ بَرَاءَةُ ذِمَّةِ عَمْرو، وفَرَاغُ يَدِهِ عن حَقِّ الغَيْرِ. وعمرو هو الذي لا يترك وسكوته، ويوافق قوله الظاهر. فزيد مُدَّعٍ بموجب العِبارَتَيْنِ. وعمرو مُدَّعَىٰ عليه، ولا يَخْتَلِفُ موجبهما في الأَغْلَب؛ وقدَ يختلف: كما إذا أَسْلَمَ الزَّوْجَانِ قبل المَسِيسِ، واختلفا، فقال الزوج: أَسْلَمْنَا معاً،

---

(١) قال النووي: الصحيح قول أبي سعد ولو حدثت من المأخوذ زيادة قبل تملكه حيث جوز أو قبل بيعه، فهي على ملك المأخوذ منه.

والنِّكَاحُ بَاقٍ بَيْنَنَا، وقالت المَرْأَةُ: بل على التَّعَاقُبِ، ولا نكاح بيننا. فإن قلنا: إن المُدَّعِي من لو سَكَتَ تُرِكَ. فالمَرْأَةُ المدَّعِيَةُ، والزوج مُدَّعَىً عليه؛ لأنه لا يُتْرَكُ لو سكت؛ فإنها تَزْعُمُ انْفِسَاخَ النِّكَاحِ. فيختلف، ويحكم باسْتِمْرَارِ النِّكَاحِ إذا حلف.

وإن قلنا: إن المدَّعَى، من يخالف قوله الظاهر، فالزَّوْجُ، هو المُدَّعِي؛ لأن التساوق[1] الذي يَزْعمُهُ، خِلاَفُ الظاهر، والمرأة: مُدَّعَى عليها لِمُوَافَقَتِهَا الظَّاهِرَ، فتحلف، وإذا حَلَفَتْ، حُكِمَ بارتفاع النكاح.

ولو قال الزوج: أَسْلَمْتُ قبلي، فلا نِكَاحَ، ولا مَهْرَ. وقالت: بل أَسْلَمْنَا معاً، وهما بحالهما، فقوله في الفراق يلزمه[2].

وأما المَهْر: فالقول قَوْلُ الزَّوْجِ، إن قلنا: إن المُدَّعَى عليه، مَنْ يُوَافِقُ قَوْلُهُ الظَّاهِرَ. لأن التَّعَاقُبَ الذي يدعيه، هو الظَّاهِرُ. وقول المرأة إن قلنا: إن المُدَّعَىٰ [عليه][3]، من [لا][4] يترك لو سكت؛ لأنها لا تُتْرَكُ بالسكوت؛ إذ الزوج يزعم سقوط المَهْرِ. فإذا سكت ولا بَيِّنَةَ، جُعِلَتْ نَاكِلَةً. وحلف الزَّوْجُ، وحُكِمَ بالسُّقُوطِ، وقد يوهم إِيرَادُ الفوراني؛ أن القَوْلَيْنِ في حَدِّ المُدَّعِي والمُدَّعَى عليه مَنْصُوصَانِ. لكن المُعْتَمَدُ المَشْهُور، أنهما مُسْتَنْبَطَانِ من اختلاف قول الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - في مسألة إِسْلاَمِ الزوجين. وقد ينبه الخلاف في الفَرْعِ على الخلاف في الأَصْلِ المَبْنِيِّ عليه، والأظهر منهما على ما يُشْعِرُ به لَفْظُ «المختصر» ويقتضيه كلام أكثر[5] الأَصْحَابِ.

وصرح به الروياني أن المُدَّعِي مَنْ يخالف الظَّاهِرَ، والمُدَّعَىٰ عليه من يُوافِقُهُ.

قال الأئمة: والأُمَنَاءُ الذين يصدقون في الرَّدِّ بيمينهم مُدَّعُونَ؛ لأنهم يَزْعَمُونَ الرَّدَّ الذي هو خِلاَفُ الظاهر. لكن اكتفى منهم باليمين؛ لأنهم أَثْبَتُوا أيديهم لغرض المَالِكِ، وقد ائْتَمَنَهُمْ، فلا يَحْسُنُ تكليفهم بينة على الرد.

وتَكَلَّفَ أبو الحسن العَبَّادِيُّ فقال: إنهم يَدَّعُونَ ما يوافق الظَّاهِرَ؛ لأن المَالِكَ قد سَاعَدَهُمْ على الأَمَانَةِ، حيث ائْتَمَنَهُمْ، فهم يَسْتَبْقُونَ الأمانة، وهو يزعم ارْتِفَاعَهَا، فكان الظَّاهِرُ معهم.

قال: وأما على الحَدِّ الآخر، فهم المدعى عليهم؛ لأن المَالِكَ هو الذي لو سَكَتَ ترك، قال القاضي الروياني وغيره: وقد يكون الشَّخْصُ مُدَّعِياً ومُدَّعًى عليه في المُنَازَعَةِ الواحدة؛ كما في صورة التَّحَالُفِ. هذا منقول الأصحاب في هذا المَوْضِعِ، وَوَرَاءَهُ كَلِمَاتٌ:

---

(١) التساوق هو المقارنة والمعية.

(٢) في أ: لم يلزمه.

(٣) سقط في: أ.

(٤) سقط في: أ.

(٥) في ز: أكبر.

أحدها: يمكن أن يعكس ما ذكروه من البناء ويُقَال: إن قلنا: إن المُدَّعِي من تُرِكَ وسكوته، والمُدَّعِي في مسألة اختلاف الزوجين، إنما هو الزَّوْجُ. لأن النكاح حقه، فلو تركها ولم يطالبها، تُرِك، وهي لا تُترَك لو سكتت، وأعرضت، فإن[1] قلنا: إن المدعي: من يخالف الظَّاهِر، فهي المدعية؛ لأنها تزعُمُ ارْتِفَاعَ النِّكَاحِ، والظاهر دَوَامُهُ.

والثانية: ما المعنى بالظَّاهِرِ في قولنا: إن المُدَّعِي من يُخَالِفُ الظاهر أيعني به مُطْلَقَ ما يَدُلُّ عليه دَلِيلٌ؟ أم يعني الظَّنَّ الأَرْجَحَ والأَغْلَبَ؟ استصحاب[2] ما كان من وُجُودٍ، أو عدم؟ إن عَنَيْنَا الأَوَّلَ، لَزِمَ أن يكون كُلُّ واحد من المُتَدَاعِيَيْنِ أبداً؛ لأن دليلاً ما يَدُلُّ على صِدْقِ هذا، وآخر يَدُلُّ على[3] بَرَاءَةِ هذا. وإن عَنَيْنَا الظَّنَّ الأغلب والأرجح، فهذا يختلف بالأَشْخَاصِ، والأَحْوَالِ، والقرائن الوَاقِعَةِ في الحَادِثَةِ. فَتَارَةً؛ يغلب على الظَّنِّ صِدْقُ الطالب، وأخرى صِدْقُ المنكر. وإن عَنَيْنَا استصحاب ما كان فلم تجعل المَرْأَةُ مُدَّعَى عليها: إذا قلنا: إن المدعى عليه، من يُوافِقُ الظَّاهِرَ، وهي لا تستصحب شيئاً، بل ينزل[4] اسْتِصْحَابُ الأصل الذي كان.

والثالثة: لا شَكَّ أن التَّنَازُعَ في كيفية الإِسْلاَمِ ليس مُعَيّناً لِعَيْنِهِ، وإنما الزَّوْجُ يبغي اسْتِدَامَةَ النِّكَاحِ، وهي تَزْعُمُ ارْتِفَاعَهُ، فيشبه أن يقالَ: كُلُّ واحد منهما مُدَّعٍ بشيء.

فأما الزوج: فإنه في اسْتِدَامَةِ النكاح، وطَلَبِ طَاعَتِهَا، كَطَالِبِ مَالٍ من غيره.

وأما هي: فَدَافِعَةٌ كمن يقول: إنك أَبْرَأْتَنِي، أو إني أَدَّيْتُهُ.

فإن قلنا: يَحْلِفُ الزَّوْجُ فهي على قِيَاسِ دَعْوَى الدوافع.

وقد ذُكر في «التهذيب»: أنه الأصح.

وإن قلنا: تحلف المَرْأَةُ، فيشبه تَقَوِّي جانِبِهَا بظَاهِرِ الحال، وإن كانت مُدَّعِيَةً؛ كما يحلف المُودِعُ على الرد والهَلاَكِ. وإن كان مُدّعياً للمعنى الذي سَبَقَ، وهذا طريق يغني عن تَخْرِيجِ القَوْلَيْنِ على الأَصْلِ المذكور.

واعْلَمْ أنَّ المُرَادَ من قولهم: إن المُدَّعَى عليه: من يُوَافِقُ قَوْلُهُ الظَّاهِرَ، أو من يَدَّعِي أَمْراً جَلِيّاً، أنه لو أنكر ونَازَعَ الطَّالِبَ، كان كذلك. لأنه[5] يَتَوَقَّفُ كونه مُدَّعَى عليه، على أن ينكر، ويُنَازع.

وقوله في الكتاب في حق المودع؛ «يصدق بيمينه للحاجة» وفي بعض النسخ: «للرخصة» معناه: أنه يُسْتَثْنَىٰ من قولنا: إن المُدَّعِي يحتاج إلى البَيِّنَةِ، فإنه مُدَّعٍ للرد،

---

(١) في ز: واعترضت وإن.
(٢) في ز: استحباب.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: تترك.
(٥) ز. ل أنه.

وسببه ما تقدم ومسألة اختلاف الزَّوْجَيْنِ، قد سبق حكمها[١] في النِّكَاحِ. وإنما أَعَادَهَا لِيُبَيِّنَ أن الخِلاَفَ فيها مَبْنِيٌّ على الأَصْلِ المَذْكُورِ. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: ثُمَّ حَدُّ الدَّعْوَى الصَّحِيحَةِ أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً مُلْزِمَةً، فَلَوْ قَالَ: عَلَيْهِ شَيْءٌ لَمْ يُسْمَعْ، وَلَوْ قَالَ وَهَبَ مِنِّي أَوْ بَاعَ لَمْ يُسْمَعْ حَتَّى يَقُولَ وَيَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ إِلَيَّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لما تَكَلم في الدَّعْوَى نَفْسِهَا، أَرْدفَهُ بالكَلاَمِ في شرط صِحَّتِهَا، وهي أن تكون مَسْمُوعَةً، مُحْوِجَةً إلى الجواب. فاعتبر في صِحَّتِهَا وَصْفَيْنِ:

أحدهما: العِلْمُ بالمُدَّعَىٰ، والأَصْلُ اعْتِبَارُ العلم به، كَاعْتِبَارِ العلم بالمَشْهُودِ به، والمَعْقُودِ عليه بالبيع وغيره، وهذا لأن المَقْصُودَ فَصْلُ الأَمْرِ واتصال الحَقِّ إلى المُسْتَحِقِّ، وذلك يَسْتَدْعِي العِلْمَ.

فإن كانت الدَّعْوَىٰ في الأَثْمَانِ، فَلاَ بُدَّ من ذكر الجِنْسِ، والنوع، والقَدْرِ. قال في «الشامل»: وإن اختلف الصِّحَاحُ والمُكَسَّرَةُ بين أنها صِحَاحٌ، أو مُكَسَّرَةٌ، ومُطْلَقُ الدِّينَارِ يَنْصَرِفُ إلى الدينار الشَّرْعِيِّ، فلا حاجة إلى بَيَانِ الوَزْنِ، ذكره الشيخ أبو حَامِدٍ.

وإن كانت في غير الأَثْمَانِ، نظر: إن كان يَدَّعِي عَيْناً، وهي مما تُضْبَطُ بالصفة؛ كالحُبُوبِ، والحَيَوانِ، والنَّبَاتِ، فيصفها بصفات السَّلَمِ، ولا حَاجَةَ إلى ذِكْرِ القِيمَةِ على الأَصَحِّ، وإن كانت العَيْنُ تَالِفَةً، كَفَى الضَّبْطُ بالصفات، إن كانت مِثْلِيَّةً، ولا حَاجَةَ إلى ذِكْرِ القِيمَةِ، وإن كانت مُتَقَوَّمَةً، فَلاَ بُدَّ من ذِكْرِ القِيمَةِ؛ لأنها الوَاجِبَةُ عند التَّلَفِ.

وإن ادَّعَىٰ عليه شَيْئاً مُحَلىً، قال في «الشامل»: لا بدَّ مِنْ ذِكْرِ القِيمَةِ، ويُقَوِّمُهُ، بِالذَّهَبِ، إن كان مُحلّىً بالفِضَّةِ، وبالفِضَّةِ إن كان مُحَلًّى بالذَّهَبِ، وإن كان مُحَلىً، بهما[٢] قومه بأحدهما للضَّرُورَةِ[٣].

وفي الدَّرَاهِمِ والدَّنَانِيرِ المَغْشُوشَةِ يدعى عشرة دَرَاهِمَ من نَقْدِ كذا، قيمتها كذا ديناراً، أو دِينَاراً من نَقْدِ كذا، قيمته كذا دِرْهَماً ذكره الشيخ أَبُو حَامِدٍ وغيره، وكأنه جَوَابٌ على أن الدَّرَاهِمَ والدَّنَانِيرَ المَغْشُوشَةَ مُتَقَوَّمَةٌ، فإن جعلناها مِثْلِيَّةً، فينبغي ألا يشترط التَّعَرُّضِ[٤] لقيمتها.

---

(١) في ز: حلها. (٢) في ز: فهما.

(٣) المراد بقوله: «قومه بأحدهما» يعني بأيهما شاء، وما ذكره من الضرورة مدفوع بأنه يمكن تقويم السيف بما فيه من أحد النقدين بالنقد الآخر، ويقوم النقد الذي لم يضفه إلى تقويم السيف بالنقد المضاف مع سيف، ثم إن سلم ما قالوه فإنما يظهر عند التفاوت في المقدار، أما لو غلب أحدهما فينبغي أن يقوم بالنقد الآخر.

(٤) في ز: العرض.

وفي العَقَارِ يَتَعَرَّضُ للناحية، والبَلْدَةِ، والمَحِلَّةِ، والسِّكَّة ويبين الحُدُودَ، وقد مَرَّ بعض هذه التَّعْرِيفَاتِ في باب القَضَاءِ على الغائب، والمذكور ههنا أَتَمُّ، وأَوْفَىٰ.

ويُسْتثنى عن اعتبار العلم صور:

إحداها: إنما يُتَصَوَّرُ اعْتِبَارُهُ إذا كان المَطْلُوبُ مُتَعَيّناً، فأما من حضر ليعين ويَفْرِضُ له القاضي كالمُفَوَّضَةِ؛ تطلب الفَرْضَ على قولنا: لا يجب المَهْرُ بالعَقْدِ، وكالوَاهِبِ؛ يطلب الثَّوَابَ إذا قلنا: إن الهِبَةَ تَقْتَضِيهِ، ولم يقدر الثَّوَاب، فلا يُتَصَوَّرُ منه إِعْلاَمٌ وتَعْيِينٌ[1].

الثانية: ادَّعَىٰ [على إنسان][2] أن مُوَرِّثَهُ أَوْصَى له بثوب، أو بِشَيْءٍ سُمِعَتِ الدَّعْوَىٰ؛ لأن الوَصِيَّةَ تحتمل الجَهَالَةَ، فكذلك دَعْوَاهَا.

وأَلْحَقَ مُلْحِقُونَ دَعْوَى الإِقْرَارِ بالمَجْهُولِ بِدَعْوَىٰ الوَصِيَّةِ بالمجهول.

ومنهم من تَنَازَعَ كلامه فيه[3]، ويثبت الاختلاف الخِلاَفَ في أن دَعْوَى الإقرار بالمال تُسْمَعُ، أم يجب أن يَدَّعِي نَفْسَ المال؟ وكذا تَصِحُّ دعوى الإِبْرَاءِ عن المَجْهُولِ إن صَحَّحْنَا الإِبْرَاءَ عن المجهول.

الثالثة: ادَّعَىٰ أن له طَرِيقاً في مِلْكِ الغَيْرِ، وادَّعَى حق إِجْرَاءِ الماء، فالأَشْهَرُ فيما حكى القَاضِي أبو سعدٍ: أنه لا يحتاج إلى إِعْلاَمِ مِقْدَارِ الطريق والمجرى ويكفي لِصِحَّةِ الدَّعْوَىٰ تَحْدِيدُ الأرض التي يَدَّعِي فيها الطَّرِيقَ والمجرى، وكذا تَصِحُّ الشَّهَادَةُ المُرَتَّبَةُ عليها.

---

(١) قال في القوت: ومن الأمثلة الحكومات ومتعة الطلاق كما صرح به الأئمة. وقال في التصحيح والصواب صحة دعوى المجهول في المتعة، وفرض المفوضة والرضخ ونحوها وتقديرها إلى رأي الحاكم، وزاد في الخادم على ذلك المكاتب يدعي على سيده حط شيء مما عليه إذا لم نوجب أقل متمول، ولو قال من دلني على القلعة فله جارية، فدله وجبت مجهولة، ويدعي بها كما وجبت، وطعمة خادم الزوجة وكسوتها إن صححنا الإجارة كذلك على وجه، وغداء الزوجة والأمة وعشاؤهما على وجه حكاه الماوردي إذا سلمت ليلاً فقط، والدعوى بالغرة وفيما إذا ادعى ثوباً إن كان باقياً على عينه أو تالفاً فقيمته أو معيباً فرده مع الأرش صحت الدعوى كذلك مع التردد وتصح الدعوى بالمعدوم كثمرة لم تخلق وولد لم يخلق ولم تحمل أمه به أو مختار الوصية والثمرة تجب أيضاً بالمساقاة وشرط ما يربح من القراض قبل الربح والمنافع التي تجب بعقد الإجارة.

(٢) سقط في: أ.

(٣) ما جزم به من صحة الدعوى بالوصية بالمجهول قطع به الجمهور منهم القاضي الحسين في باب ما علق القاضي في الخصوم، وعلله بأن الدعوى مقابلة بالتمليك، والتمليك بالوصية لا يقابلها الجهالة، فكذلك الدعوى بها، وحكاه في كتاب الإقرار عن الأصحاب.

وعن أبي علي الثقفي: أنه لا بُدَّ من إِعْلاَمِ قَدْرِ الطريق والمجرى.

قال: وكذا لو باع بَيْتاً من دَارٍ، وسَمَّى له طريقاً، ولم يُبَيِّنْ قَدْرَهُ لا يصح.

قال القاضي: والذي عندي، أنه لا يُشْتَرَطُ هذا الإِعْلاَمُ في الدعوى، ولكن يُؤْخَذُ على الشُّهُودِ إِعْلاَمُ الطريق، ومسيل[1] الماء بالذّرْعَانِ؛ لأن الشَّهَادَةَ أعلى شَأْناً، فإنها تَسْتَقِلُّ بإيجاب الحُكْم، بخلاف الدَّعْوَى. ولو أحضر المُدَّعِي قِطْعَةَ بَيَاضٍ حَرَّرَ فيها[2] دَعْوَاهُ، وقال: أَدَّعِي مَا فيها، وادَّعَىٰ ثَوْباً بالصِّفَاتِ المكتوبة في تِلْكَ القِطْعَةِ، هل يكفي ذلك لِصِحَّةِ الدَّعْوَى؟ فيه وجهان[3].

الوصف الثاني: كون الدعوى مُلْزِمَةً، فلو قال: وَهَبَ مِنِّي كذا، أو باع، لم تُسْمَعْ دَعْوَاهُ، حتى يقول: ويلزمه التَّسْلِيم إِلَيَّ؛ لأنه قد يَهَبُ ويرجع، ويبيع ويفسخ. هكذا نَقَلَ الفَوْرَانِيُّ وغيره، وهو المَذْكُورُ في الكتاب. ويَقْرُبُ منه مَا ذَكَرَ القاضي أبو سَعْدٍ؛ أنه يقول في دَعْوَى الدَّيْنِ: لي في ذِمَّتِهِ كذا، وهو يَمْتَنِعُ من الأَدَاءِ الواجب عليه.

قال: وإنما يتعرَّضُ لوجوب الأَدَاءِ، لأن الدَّيْنَ المُؤَجَّلَ لا يجب أَدَاؤُهُ في الحال، وكأن هذا فيما إذا قَصَدَ بالدَّعْوَى تَحْصِيلَ المدعى، ويجوز أن يكون المَقْصُودُ بالدعوى دَفْعَ المُنَازَعَةِ، فلا يُشْتَرَطُ التَّعَرُّضُ لوجوب التَّسْلِيمِ.

وذكر في «الشامل» أنه لو قال: هذه الدَّارُ لي، وأنه مَنَعَنِي منها، تَصِحُّ الدعوى، ولا يُشْتَرَطُ أن يقول: إنها في يَدِهِ، لأنه يَجُوزُ أن يُنَازِعَهُ، وإن لم تكن في يَدِهِ[4].

وإذا ادَّعَى، ولم يقل للقاضي مُرْهُ بالخُرُوجِ عن حَقِّي، أو سَلْهُ جَوَابَ دَعْوَايَ، فهل يُطَالِبُهُ القاضي؟

---

(١) في أ: ومثل. (٢) في ز: منها.

(٣) لم يرجح شيئاً وينبغي تخريج أنه لا يكتفي بدعوى ما حرره في الورقة إذا لم يقرأ فقد سبق في باب الدعوى على الغائب أن القاضي لو لم يقرأ الكتاب عليهما ولكن قال: أشهدكما على أن ما فيه حكمي أو على أني قضيت بمضمونه فوجهان أصحهما لا يكفي حتى يفصل ما حكم به.

(٤) قال في الخادم: ما نقله عن ابن الصباغ من الاكتفاء بقوله ويمنعني منها، غير كاف، لا بد أن يقول: ويمنعني بغير حق، وقد أوضح ذلك شريح الروياني في روضته في باب الدعوى الناقصة.
قال الشافعي: ولو تقدم رجلان إلى القاضي فادعى كل واحد منهما داراً وأنها في يده، لم يسمع القاضي هذه الدعوى، فإن قال أحدهما: هي في يدي، وهذا يعترض عليّ فيها، ويمنعني من سكناها، فالمذهب أنها لا تسمع فقد تكون في يده غصباً أو عارية، وتكون لخصمه فيجوز أن يمنعه منها.
ولو قال يعترض عليّ فيها بغير حق تمت الدعوى، وهكذا نقله الأذرعي أيضاً في القوت.

فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لِلْعِلْمِ بأنه الغَرَضُ من الحضور، وإِنْشَاءِ الدعوى. وهذا أظهر عند ابن الصَّبَّاغِ.

والثاني: لا، لأنه حَقُّهُ، فلا يُسْتَوْفَى إِلاَّ بسُؤَالِهِ، واقْتِرَاحِهِ، كاليمين. وهذا مَذْهَبُ أبي حَنِيفَةَ، فيما حكى القاضي أبو سَعْدٍ، وذكر أنه الأَصَحُّ، فإن أصل الوَجْهَيْنِ المُعَاطَاةُ في البيع، والخلاف في أنه إذا جَلَسَ بين يدي حَلاَّقٍ فَحَلَقَ، هل يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ؟

وعلى الثاني فطلب الجَوَاب أيضاً شَرْطٌ في صِحَّةِ الدعوى، وسواء شَرَطْنَا هذا الاقْتِرَاحَ من المدعى، أو لم نشترطه، لكنه اقْتَرَحَهُ. فيمكن أن يُقَالَ: يغني ذلك عن قوله: ويلزمه التسليم إِلَيَّ. وإن مَنْ شَرَطَ التَّعَرُّضَ له، شَرَطَهُ جَوَاباً على أنه لا يُشْتَرَطُ الاقْتِرَاحُ المَذْكُورُ من الدعوى.

فرع:

لا يُشْتَرَطُ لِسَمَاعِ الدَّعْوَىٰ أن يُعْرَفَ بينهما مُخَالَطَةٌ، أو مُعَامَلَةٌ، ولا فرق فيه بين طبقات الناس.

وعن مالك: أنه لا تُسْمَعُ دعوى الدَّنِي على الشَّرِيفِ، إذا لم يُعْرَفْ بينهما سَبَبٌ.

وعن الإِصْطَخْرِيِّ: أنه إذا شهدت قَرَائِنُ الحال بِكَذِبِ المدعى، لم يلفت إلى دعواه؛ مثل أن يَدَّعِي الدَّنِيءُ اسْتِئْجَارَ الأَمِيرِ، أو الفقيه لِعَلَفِ دَوَابِّهِ، وكَنْسِ بَيْتِهِ، ومثل دعوى المعروف بالتعنُّت، وجَرِّ ذَوِي الأَقْدَارِ إلى مجلس القُضَاةِ، [واستحلافهم][1] ليفتدوا بشيء.

آخر: ادَّعى مَالاً مَعْلُوماً على إِنْسَانٍ، وأقام شَاهِدَيْنِ على إقراره بشيء، أو قالا[2]: يعلم أن له عليه مَالاً، ولا نعرف قَدْرَهُ. هل تُسْمَعُ شَهَادَتُهُمَا هكذا؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، ويُرْجَعُ في التفسير إلى المَشْهُودِ عليه، كما لو أَقَرَّ بِمُبْهَمٍ.

وأشبههما: المَنْعُ؛ لأن من شَأْنِ البَيِّنَة أن تُبَيِّنَ، وليست كالإِقْرَارِ؛ إذ يُشْتَرَطُ فيها ما لا يُشْتَرَطُ في الإِقْرَارِ؛ حكى الوجهين صاحب «التهذيب» في باب الإِقْرَارِ، وذكرها غَيْرُهُ أيضاً. وعلى هذا الخِلاَفِ ما إذا شَهِدَا على غَصْبِ عَبْدٍ، أو ثَوْبٍ، ولم يَصِفَاهُ[3].

---

(١) سقط في: أ. (٢) في ز: مالاً.

(٣) ما رجحه من المنع خالفه بعض المتأخرين فقال: الراجح القبول وضعف التوجيه المذكور بأن البينة تبين ما وقع ولهذا سمعت الدعوى بالوصية بالمجهول والبينة وجزم به القفال في فتاويه كما سيأتي.

الثالث: عن فَتَاوَىٰ القَفَّالِ: ادَّعَىٰ دَرَاهِمَ مَجْهُولَةً، لا يسمع القاضي دَعْوَاهُ. ويقال له: بَيِّنِ الأَقَلَّ الذي تَتَحَقَّقُهُ.

وإن ادَّعَىٰ ثوباً ولم يصفه أَصْلاً، لم يُصْغِ إليه فإن قال: هو كِرْبَاسٌ[(١)] ولم يَصِفْهُ، أمره أن يأخذ بالأَقَلِّ، وفي هذا أولاً إِرْشَادٌ وضَرْبُ تَلْقِينٍ، ثم الأَخذ بالأَقَلِّ في قَدْرِ الدَّرَاهِمِ مُسْتَقِيمٌ، لكن الأَخْذَ بالأَقَلِّ من صِفَةِ الثوب المدعى عينه لا وَجْهَ له.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الثَّالِثَةُ مَنْ قَامَتْ عَلَيهِ بَيِّنَةٌ فَلَيسَ لَهُ أَنْ يحَلِّفَ المُدَّعِيَ مَا لَمْ يُقدِّمْ دَعْوَى صَحِيحَةً كَبَيعٍ أَوْ إِبْرَاءٍ، فَلَوِ ادَّعَى فِسْقَ الشُّهُودِ وَعَلِمَ الخَصْمُ بِهِ فَهَلْ يُحَلِّفُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا لَوِ ادَّعَى أَنَّهُ أَقَرَّ لِأَنَّ الإِقْرَارَ لَيسَ عَينَ الحَقِّ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَى مَنْ تَوَجَّهَ عَلَيهِ اليَمِينُ بِأَنَّهُ قَدْ حَلَفَ مَرَّةً وَأَرَادَ يَمِينَهُ فَفِي كُلِّ ذَلِكَ وَجْهَانِ، فَإِنَّهُ لَيسَ بِعَيْنِ الحَقِّ لَكِنْ يَنفَعُ فِي الحَقِّ، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهُ لَيسَ لَهُ تَحْلِيفُ الشَّاهِدِ وَالقَاضِي وَإِنْ كَانَ يَنفَعُ تَكْذِيبُهُمْ أَنفُسَهُمْ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لو قامت البَيِّنَةُ على المُدّعى عليه فطلب من القاضي تَحْلِيفَ المُدَّعَىٰ [عليه][(٢)] على اسْتِحْقَاقِ ما يَدَّعِيهِ، لم يجبه إليه؛ لأنه تكليف حُجَّةٍ [بعد قيام حُجَّةٍ][(٣)]، ولأنه كالطَّعْنِ في الشُّهُودِ.

وإن ادَّعَىٰ إِبْرَاءً، أو أَدَاءً في الدَّيْنِ، أو بَيْعاً، أو هِبَةً أو إقباضاً في العَيْنِ، نُظِر إن ادعى حُدُوثَ شَيْءٍ من ذلك بعد إِقَامَةِ البَيِّنَةِ، حلف المُدَّعِي على نَفْيِ ما يقوله إن مضى زَمَان إِمْكَانِهِ، وإلا لم يُلْتَفَتْ إلى قوله.

وإن ادَّعَىٰ جريانه قبل أن يَشْهَدَ [الشُّهُودُ][(٤)]. فإن لم يَحْكُمِ القَاضِي بعد حَلف المدَّعي على نَفْيِهِ، وإن حَكَمَ فوجهان:

أحدهما: أن الجَوَابَ كذلك؛ لاحْتِمَالِ ما يَدَّعِيهِ، وجواب[(٥)] اعتماد الشهود ظَاهِر الحال.

والثاني: المَنْعُ لِثُبُوتِ المال عليه بالقَضَاءِ.

وذكر في «التهذيب» أن هذا أَصَحُّ، ويمكن أن يُبْنَى على هذين الوجهين الخِلاَفُ في أن تَحْلِيفَ المُدَّعِي على الغَائِبِ مُسْتَحَبٌّ، أو واجب؟

---

(١) الكِرباس، بكسر الكاف: الثوب الخشن، فارسي معرب، والجمع كرابيس.
(٢) سقط في: أ. (٣) سقط في: أ.
(٤) سقط في: أ. (٥) في ز: جواز.

إن قلنا: تُسْمَعُ دَعْوَاهُ بعد الحكم، فهو مُسْتَحَبٌّ.

وإن قلنا: لا تُسْمَعُ فواجب، كيلا يُفَوِّتَ بالحُكْمِ عليه الدَّعْوَى وبالتحليف، ألا يحصل العيب عُذْراً مَانِعاً من الفَوَاتِ.

ولو قال المُدَّعَى عليه: إن الشهود فَسَقَةٌ، أو كَذَبَةٌ، وزَعَمَ أن الخَصْمَ عَالِمٌ بذلك، فهل له تَحْلِيفُهُ على أنه لا يعلم؟

فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنه لو أَقَرَّ به لَبَطَلَتْ شَهَادَتُهُمْ.

والثاني: لا، ويكتفى بِظَاهِرِ العَدَالَةِ، وتَعْدِيلِ المزكين، وطرد هذا الخلاف في كُلِّ صورة ادّعى ما لو أَقَرَّ به الخَصْمُ لنفعه لكن لم يكن المدعى عين حَقّ له؛ كما لو قال المُدَّعَىٰ عليه في الجواب: إنه أَقَرَّ لي بما يَدَّعِيهِ، وكما إذا ادَّعَىٰ على إنسان، إنك أَقْرَرْتَ لي بكذا، وما إذا تَوَجّهت اليمين عليه، فقال: إن المُدَّعِي قد حلفني مرة، وأراد تَحْلِيفَهُ، وفيما إذا قذف إِنْسَاناً، فَأُرِيدَ منه الحَدُّ، وادَّعَى أن المقذوف زَنَا، وأراد تَحْلِيفَهُ، ففي وجه - لا يُسْمَعُ شَيْءٌ من ذلك، ولا يمكّن من التَّحْلِيفِ، ويُشْبِهُ أن يكون الأظهر الثاني - ليصدق الخَصْم، فينتفع به، أو ينكل فَيَحْلِفُ، ويؤيده ما مر من قَوْلِ الأَصْحَابِ: إن دَعْوَى الإِقْرَارِ بالمجهول صَحِيحَةٌ، وإن جواب الأكثر في مَسْأَلَةِ القَذْفِ، أنه يحلف المَقْذُوف على أنه لم يَزْنِ، وإن كان المقذوف مَيّتاً، وأراد القَاذِفُ تَحْلِيفَ الوَارِثِ على أنه لا يَعْلَمُ زنا مورثه. فكذلك يحلف، وهذه الصورة تُحْكَى عن نَصِّ الشافعي - رضي الله عنه - لكن ذكره صاحب «التهذيب» فيما إذا ادَّعى فِسْقَ الشهود، أو كَذِبَهُمْ، أن الأَصَحَّ أنه لا يحلف المُدَّعِي.

وأما تحليف القَاضِي والشاهد، فلا يجوز، وإن كان ينفع تَكْذِيبُهُمَا أنفسهما؛ لما مَرَّ أن مَنْصِبَهُمَا يَأْبَى التحليف؛ وقد يُقَالُ: الضبط الذي ذَكَرُوهُ لِصِوَرِ الوجهين، يقتضي اطِّرَادَهُمَا فيما إذا ادَّعَى الأَدَاء؛ لأنه ليس الأَدَاءُ في نفسه حَقّاً، ولكن ينفعه في انْدِفَاعِ المُدَّعى عنه. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعَةُ لَوْ قَالَ مَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ البَيِّنَةُ: أَمْهِلُونِي فَلِي بَيِّنَةٌ دَافِعَةٌ، أُمْهِلَ ثَلاَثَةَ أَيَّام، وَقِيلَ: يَوْمٌ وَاحِدٌ، وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي فَحَلِّفُوهُ يَحْلِفُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ، وَلَوْ قَالَ أَبْرَأَنِي مُوَكِّلُكَ وَكَذَّبَهُ اسْتَوْفِيَ فِي الحَالِ، وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي عَنِ الدَّعْوَى فَهَذَا لاَ يُسْمَعُ إِذْ لاَ مَعْنَى لِإِبْرَاءِةِ عَنِ الدَّعْوَى.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قامت البَيِّنَةُ على المُدَّعَى عَلَيْهِ، وادعى أن المُدَّعِي باع منه العَيْنَ المُدَّعَاةَ، أو بَاعَهَا من بائعه، أو ادَّعَى أنه أَبْرَأَ عن الدَّيْنِ المدعى، وأنكر، فلا يَخْفَى أن القَوْلَ قوله، وأن المُدَّعَى عَلَيْهِ مُدَّعٍ فيما يذكره، يحتاج إلى البَيِّنَةِ، فإن استَمْهَلَ ليأتي بالبَيِّنَةِ، أُمْهِلَ ثَلاثَةَ أيام؛ لأن هذه مُدَّةٌ قريبة، لا يَعْظُمُ الضَّرَرُ فيها، ومقيم البَيِّنَةِ يَحْتَاجُ إلى مِثْلِهَا، لاسْتِيثَاقِ الشُّهُودِ، والفَحْصِ عن غَيْبَتِهِمْ، وحضورهم، واسْتِحْضَارِ الغائب منهم.

وقد ذكرنا في باب القَضَاءِ على الغائب نَحْوَ ذلك، وعن القاضي الحُسَيْنِ وَجهٌ آخر: أنه لا يُمْهَلُ أَكْثَرَ من يَوْمٍ وَاحِدٍ، وهذا يَقْتَضِي أن يُعَلَّمَ قوله في ذلك الباب: «ويمهل ثلاثة أيام» بالواو.

ولو ادَّعَى الإِبْرَاءَ، ولم يأت بِبَيِّنَةٍ، وقال: حَلِّفُوهُ أنه لم يُبْرِئْنِي، فَيُجَابُ إليه، ولا يُكَلَّفُ تَوْفِيَةَ الدَّيْنِ أَوَّلاً.

وعن القاضي وجه: أنه يُسْتَوْفَى منه الدَّيْنُ أَوَّلاً، ثم إن شاء حَلَّفَ، فإنه دَعْوَى جَدِيدَةٌ. والظاهر الأول، وليس كما إذا قال لوكيل المُدَّعِي: أَبْرَأَنِي مُوَكِّلُكَ، حيث يُسْتَوْفَىٰ الحَقُّ منه، ولا يؤخر إلى حُضُورِ الموكّل، وحلفه لِعِظَمِ الضَّرَرِ في التأخير؛ وههنا التحليف مُتَيَسِّرٌ في الحال، وكان التَّعَرُّضُ لِدَعْوَى إِبْرَاءِ المُوَكِّل ههنا، الإشارة إلى الفرق، وإلا فقد ذكر المَسْأَلَةَ مَرَّةً في القضاء على الغائب.

ولو قال: أَبْرَأَنِي عن هذه الدعوى، فهل يُسْمَعُ وَيُحَلَّفُ المُدَّعِي؟ فيه وجهان عن الإِصْطَخْرِيِّ:

[أحدهما][(١)]: نعم، ويحلف أنه لم يُبْرِىءْ.

والثاني: المنع؛ لأن الإِبْرَاءَ عن نَفْسِ الدعوى، لا مَعْنَى له، إلا بِتَصْوِيرِ صُلْحٍ على الإِنْكار، وأنه بَاطِلٌ، وهذا ما أَوْرَدَهُ في الكتاب، واختاره القَفَّالُ.

وادعى الروياني في «التجربة»: أن المذهب الأَوَّل، ووجّه بأنه لو أَقَرَّ أنه لا دَعْوَى له عليه، بَرِىءَ.

فرع:

مُدَّعِي الدَّفْعِ إن قال: قَضَيْت، أو أبرأني[(٢)]، فذاك، وإن أَطْلَقَ، وقال: لي بَيِّنَةٌ دَافِعَةٌ، كما هو لَفْظُ الكتاب، فَيُشْبِهُ أن يستفسر[(٣)]، لأنه قد يُتَوَهَّمُ ما ليس بِدَافِعٍ دَافِعاً، إلا أن يعرف فِقْهَهُ، ومعرفته، وإذا عَيَّنَ جِهَةً، ولم يأت بالبَيِّنَةِ عليها، وادعى عندَ انقضاء

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: أبدأ لي.
(٣) في أ: يستتر.

مُدَّةِ المُهْلَةِ، جهة أخرى، واستُمْهِلَ، فما ينبغي أن يُجَابَ، وإن ادعى في المُدَّةِ، أو في آخِرِهَا، جهة أخرى، وأقام البَيِّنَةَ عليها، وجب أن يُسْمَعَ(١).

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الخَامِسَةُ: يَنْبَغِي أَنْ يَدَّعِيَ فِي النِّكَاحِ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْنِ وَرِضَاهَا، فَإِنْ أَطْلَقَ فَالنَّصُّ أَنَّهُ لاَ يُسْمَعُ (ح م)، وَفِي البَيْعِ يُسْمَعُ، وَقِيلَ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَلَوْ قَالَ: هي زَوْجَتِي كَفَاهُ الإِطْلاَقُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَدَعْوَى القِصَاصِ لاَ بُدَّ مِنْ تَفْصِيلِهَا، لاَ بُدَّ مِنْ أَنْ يَدَّعِيَ بَيْعاً صَحِيحاً فَيَذْكُرَ الصِّحَّةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الدَّعْوَى أَنْوَاعٌ:

منها: دَعْوَى الدَّمِ، ولاَ بُدَّ فيها من التَّفْصِيلِ على ما هو مُبَيَّنٌ في القَسَامَةِ.

ومنها: دَعْوَى النكاح، والبَيْعِ، وسائر العقود.

قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: ولو ادَّعَى أنه نكح امْرَأَةً، لم أَقْبَلْ منه، حتى يقول: نَكَحْتُهَا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ.

والأصحاب ـ رحمهم الله ـ فيه مُخْتَلِفُونَ؛ فمنهم من اكْتَفَى في دَعْوَى النكاح بالإِطْلاَقِ، ولم يَشْتَرِطِ التَّعَرُّضَ لهذا التَّفْصِيلِ، كما يُكْتَفَى في دَعْوَى اسْتِحْقَاقِ المال بالإِطْلاَقِ، وكما أنه لا يجب في دَعْوَى النِّكَاحِ التَّعَرُّضُ لِعَدَمِ المَوَانِعِ، كالرِّدَّةِ، والعِدَّةِ، والرَّضَاعِ، وحمل هؤلاء نَصَّهُ(٢) على الاسْتِحْبَابِ، والتأكيد.

ومنهم من قال: إن ادَّعَى ابْتِدَاءَ النِّكَاحِ، وجب التَّفْصِيلُ، وإن ادَّعَىٰ دَوَامَهُ، لم يجب؛ لأن الشُّرُوطَ لا تُعْتَبَرُ في الدوام، وبه قال أبو علي الطَّبَرِيُّ.

وأخذت عامة الأصحاب بظاهر النَّصِّ وأوجبت(٣) التفصيل، والتَّعَرُّضَ للشروط، سواء كان المُدَّعَى ابتداء نكاح، أو دَوَامَهُ؛ لأن أَمْرَ الفُرُوجِ، مَبْنِيٌّ على الاحتياط، كَأَمْرِ الدِّمَاءِ والوطء(٤) المستوفى يتدارك(٥)(٦) كالدَّمِ المِهْرَاقِ.

---

(١) عبارة الروضة وإن ادعى في المدة جهة أخرى وجب أن تسمع.
(٢) في ز: ففيه. (٣) في ز: وأوجب.
(٤) في ز: الوطيء. (٥) في ز: لاستدراك.
(٦) قال الشيخ البلقيني: إنما يشترط التعرض لذلك في غير أنكحة الكفار، فأما أنكحة الكفار إذا حصل فيها دعوى في حال الكفر فلا يشترط ذلك، وإنما الشرط أن يقول: تزوجتها في حال كفره وكفرها نكاحاً صحيحاً مقراً عليه، وإن كان بعد الإسلام، فالشرط أن يقول: تزوجها في حال كفره، وكفرها ووجد الإسلام على حال يقتضي تقرر النكاح، وينبغي أن يستفصله الحاكم عند ظهور غباوته بالنسبة إلى نكاح المحارم ونحوه، وإن كانت الزوجة أمة، ووقع العقد في حال=

وأما استشهاد الأوَّلين بِدَعْوَىٰ استحقاق المال؛ فإن كان المُدَّعَى نَفْسَ المال، فإنما اكتفى بالإِطْلاَقِ، لأن الأَسْبَابَ التي يستحقّ بها المال تَكْثُرُ، وَتَتَكَرَّرُ، وفي ضَبْطِ الأَقْدَارِ الحَاصِلَةِ بتلك الأَسْبَابِ حَرَجٌ شَدِيدٌ، فَأَغْنَى عنه، بخلاف النِّكَاحِ.

وإن كان المُدَّعِي عَقْداً يرد على المال، كالبَيْعِ، والهِبَةِ، والإِجَارَةِ، فثلاثة أوجه:

أحدها: وينسب إلى ابن سُرَيْجٍ أنه لاَ بُدَّ من التَّفْصِيلِ، والتَّعَرُّضِ لِلشَّرَائِطِ كالنكاح.

والثاني: الفَرْقُ بين أن يَتَعَلَّقَ العَقْدُ بِجَارِيَةٍ، فيجب التَّفْصِيلُ[1] احْتِيَاطاً للبُضْعِ. وبين أن يَتَعَلَّقَ بغيرها، فلا يَجِبُ.

والثالث: وهو الأصح: أنه لا حَاجَةَ إلى التَّفْصِيلِ، لأن المَقْصُودَ، المال. والعُقُود المالية أَخَفُّ حُكْماً من عَقْدِ النكاح، ولذلك لا يُشْتَرَطُ فيها الإشهاد، وإن تَعَلَّقَ العَقْدُ بِجَارِيَةٍ، والنكاح بخلافه.

وأما أنه لا يجب التَّعَرُّضُ للموانع، ففيه ـ نزَاعٌ؛ لأن الشيخ وأَبَا عاصم رويا عن الأستاذ أن محمد بن إِبْرَاهِيمَ العَبَّادي[2] من أَصْحَابِنَا ـ رحمهم الله ـ أَوْجَبَهُ، والصحيح التسليم. وفَرَّقُوا بأن الشُّرُوطَ تُعْتَبَرُ وجودها[3]، ليصحَّ العَقْدُ، والموانع يُعْتَبَرُ عَدَمُهَا، والأصل العَدَمُ، فَاكْتُفِيَ به، ولأن المَوَانِعَ كَثِيرةٌ، وعَدُّهَا عَسِيرٌ.

التفريع: إن شرطنا التَّفْصِيلَ في النكاح، فنقول: نكحها[4] بِوَلِيٍّ وشَاهِدَيْنِ. والأشهر: أنه لاَ بُدَّ من وَصْفِهِمْ بالعَدَالَةِ. قالوا: وإنما لم يَتَعَرَّضِ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ لِعَدَالَةِ الوَلِيِّ في النص[5] المَنْقُولِ في أَوَّلِ الفصل، بِنَاءً على أن الفَاسِقَ ليس بِوَلِيٍّ، أو أراد رد لفظ العَدْلِ إلى الوَلِيِّ، والشاهدين جميعاً.

وحكى ابن الصَّبَّاغِ وَجْهاً آخر: أنه لا حَاجَةَ إلى التَّعَرُّضِ [للعدالة، وقياس

= إسلام الزوج، فلا يحتاج أن يقول: ولي، بل يقول زوجنيها مالكها الذي يصح منه إنكاحها، وهي مسلمة، وإنما يشترط التعرض لفقد الطول وخوف العنت إذا كان الزوج حراً مسلماً، فإن كان فيه رق لم يشترط ذلك ولم يذكروا في الشاهدين سوى العدالة، وينبغي أن يتعرض لحال الشهود المشترط وجودها لصحة النكاح، ومقتضى اعتبار تفصيل الشهود أن يقول نكحتها بولي وشاهدين فيهما الصفات المعتبرة في شاهدي النكاح، ويقول في الولي إذا كان مجبراً نكحتها بولي مجبراً أب وجد في حال بكارتها أو في حال جنونها، وقد يقال: منعني ذكر الولي غير ذلك وفي نفسه يقول: إن كان سفيهاً أو عبداً تزوجتها بإذن ولي، ويقول العبد بإذن مالكي، وضابط ذلك اعتبار الشرط دون التعرض لانتفاء الموانع.

(١) في ز: الفصل.
(٢) في ز: العبدي.
(٣) في أ: وجوبها.
(٤) في ز: نلحقها.
(٥) في ز: النصف.

وجوب التَّعَرُّض للعدالة وُجُوبُ التعرض][1] لسائر الصِّفَاتِ المُعْتَبَرَةِ في الأَوْلِيَاءِ، وَلا يجب تَعْيِينُ الشَّاهدين.

والمَفْهُومُ مما أَوْرَدَهُ الأئمة حكماً[2] وتوجيهاً، أنه لا حَاجَةَ إلى تَعْيِينِ الوَلِيِّ أيضاً، والغرض؛ أن يُعْتَرَفَ أن النكاح لم يَعْرُ عن الوَلِيِّ والشهود، ولاَ بُدَّ من التعرض لِرِضَاءِ المرأة، إن كانت مِمَّنْ تُزَوَّجُ بِرِضَاهَا.

وفي نكاح الأَمَةِ: هل يُشْتَرَطُ التعرض لِلْعَجْزِ عن الطَّوْلِ وَلِخَوْفِ العَنَتِ؟

قال في «الشامل»: فيه وجهان:

أقيسهما: الاشْتِرَاطُ.

وإذا شرطنا التَّفْصِيلَ في دعوى البيع، ذكروا أنه يقول: تَعَاقَدْنَاهُ بِثَمَنٍ معلوم، ونحن جَائِزَا الأَمْر، وتَفَرَّقْنَا عن تَرَاضٍ، ويُشْتَرَطُ في الشَّهَادَةِ على النِّكَاحِ التفصيل، إذا قلنا باشتراطه في دعوى النِّكَاحِ.

وفي فَتَاوَى القَفَّالِ: أنه يجب أن يَقُولُوا بعد تَفْصِيلِ النكاح؛ من ابتدائه، ولا نَعْلَمُ أنه فَارَقَهَا، أو وهي اليوم زوجته. والإِقْرَارُ بالنِّكَاحِ يكفي فيه الإِطْلاَقُ فإن كفى الإِطْلاَقُ في الشَّهَادَةِ والدَّعْوَى، وإن شَرَطْنَا التَّفْصِيلَ فيهما، ففي الإِقْرَارِ وجهان في «الوسيط».

[إن][3] أظهرهما؛ الاكْتِفَاءُ بالإِطْلاَقِ، والفرق؛ أن المُقِرَّ لا يُقِرُّ إلا عن تَحْقِيقٍ، وتَثَبُّتٍ، وفي الشهادة على إِقْرَارِهَا [لا يشترط][4] أن يقولوا: ولا نَعْلَمُ أنه فَارَقَهَا. ولتكن الشَّهَادَةُ على البَيْعِ، والإقرار، إذا أوجبنا التَّفْصِيلَ في البيع، على قياس ما ذكرنا في النِّكَاحِ.

ونقلوا في اشْتِرَاطِ تَقْيِيدِ النكاح والبيع[5]، المدعيين بالصحة وجهين:

وجه الاشْتِرَاطِ وُقُوعُ الاسْم على الصَّحِيحِ والفاسد. ووجه الثاني: انْصِرَافُ المُطْلَقِ إلى الصحيح. وبالأول أَجَابَ صاحب الكتاب.

وذكر في «الوسيط»: أن الوجه القَطْعُ باشتراطه في النِّكَاحِ، وأشار إلى أن الوجهين، مُفَرَّعَانِ على قولنا: إنه لا يُشْتَرَطُ تفصيل الشرائط، فإيراد القاضي أبي سَعْدٍ يَقْتَضِي اطِّرَادَهُمَا، مع اشْتِرَاطِ التفصيل، لِيَتَضَمَّنَ ذكر الصحة نَفْيَ المَوَانِعِ[6].

---

(١) سقط في: أ.

(٢) في أ: تعييناً.

(٣) سقط في: أ.

(٤) في ز: ألا يشترطان.

(٥) في ز: المبيع.

(٦) قال في الخادم: أطلق السماع، ويشترط فيه التفصيل والعرض للشرائط، نص عليه الشافعي في الأم وحكاه في الأشراف أيضاً قال: وقيل تسمع الدعوى طلقة لأن المقصود هو المهر ولا يبعد مجيء الثالث هنا.

وقوله في الكتاب: «فالنص أنه يُسْمَعُ» ليُعَلَم بالحاء والألف؛ لأن عندهما تُسْمَعُ، ولا حَاجَةَ إلى التفصيل.

وقوله: «وفي البيع يُسْمَعُ»، يُشْعِرُ ظاهره بأن النَّصَّ في البيعِ السَّمَاعُ، وبأن الأَصْحَابَ، تفرقوا[١] في النصين تَقْرِيراً من البعض، [ونَقْلاً، وتَخْرِيجاً، من البعض][٢] على المَشْهُودِ من مسائل النَّقْلِ، والتخريج. لكن الكتب المَشْهُورَةَ سَاكِتَةٌ عن ذلك. نعم في كتاب القَاضِي ابْنِ كَجٍّ: أَنَ نَصَّهُ في البيع ونحوه جَوَازُ الإطلاق.

وقوله: «ولو قال: هي زَوْجَتِي، كُفَاهُ الإِطْلاَقُ». هذه صورة الدَّوَامِ، وتَرْجِيح الاكتفاء بالإطلاق، لا يُوَافِقُ اخْتِيَارَ المعظم.

وقوله: «ولا بُدَّ من ادَّعى بيعاً[٣] صحيحاً، فيذكر الصحة» معلم بالواو.

واعلم أن دعوى النكَاحَ؛ تَارَةً تكون على المَرْأَةِ، وأخرى على الوَلِيِّ؛ إذا كان مُجْبَراً، كما بَيَّنَّاهُ في كتاب النِّكَاحِ، في مسألة تزويج الوَلِيَّيْنِ من شخصين، وذكرنا هناك، أن الأَئِمَّةَ قالوا: إن ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ من الزوجين سبق نكاحه، وعلم المرأة به، فَيُبْنَى على أن إِقْرَارَ المَرْأَةِ بالنكاح هل هو مَقْبُولٌ؟ إن قلنا: إنه غير مَقْبُولٍ، فلا تُسْمَعُ دَعْوَاهُمَا عليها؛ لأن غَايَتَهَا أن تُقِرَّ وإن قلنا: إنه مَقْبُولٌ، وهو الصحيح فَتُسْمَعُ، وهذا يَقْتَضِي أن يكون سماع دعوى النكاح على المرأة، [أبداً][٤] مُخَرَّجاً على ذلك الخِلاَفِ، فكأنهم لم يذكروه ها هنا، اقْتِصَاراً على الصحيح.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: السَّادِسَةُ: دَعْوَاهَا الزَّوْجِيَّةَ لاَ تُسْمَعُ عَلَى الأَصَحِّ مَا لَمْ يَتَعَرَّضْ لِمَهْرٍ أَوْ نَفَقَةٍ، فَإِنْ قُلْنَا: يسْمَعُ فَهَلْ تَنْدَفِعُ بِمُجَرَّدِ إِنْكَارِهِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ مَأْخَذُهُ أَنَّ الإِنْكَارَ طَلاَقٌ أَمْ لاَ حَتَّى لَوْ رَجَعَ بَعْدَ ذَلِكَ يُسَلَّمُ الزَّوْجَةَ إِلَيْهِ وَفِيهِ خِلاَفٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: دَعْوَى المَرْأَةِ النِّكَاحَ؛ إما أن يَقْتَرِنَ بها طَلَبُ حَقٍّ من حُقُوقِ النكاح، كَصَدَاقٍ، ونَفَقَةٍ، وقَسْمٍ، ومِيرَاثٍ بعد موته، فهي مَسْمُوعَةٌ لا مَحَالَةَ. وإما ألا يَقْتَرِنَ، وتَتَمَحَّض دَعْوَى الزوجيةً، ففي سَمَاعِهَا وجهان:

أحدهما: المَنْعُ؛ لأن بَقَاءَ النِّكَاحِ حَقُّ الزوج عليها، فكأنها تَدَّعِي كَوْنَهَا رَقِيقَةً، وهذه دَعْوَى غير مُلْزِمَةٍ.

والثاني: أنها تُسْمَعُ؛ لأن النِّكَاحَ وإن كان حَقّاً له فهو مَقْصُودٌ لها من تَعَلُّق حقوق فَيُثْبِتُه، ويَتَوَسَّلُ به إلى تلك الحُقُوقِ.

---

(١) في ز: تصرفوا.
(٢) سقط في: أ.
(٣) في ز: به.
(٤) سقط في: أ.

وذكر صَاحِبُ الكتاب: أن الأوَّلَ أَصَحُّ، والأئمة جَايِحُونَ إلى تَرْجِيح الثاني. وكذلك فعل صَاحِبُ الكتاب في «الوسيط»، في باب النكاح، فإن سَمِعْنَا دَعْوَاهَا، نظر، إن سَكَتَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وأَصَرَّ على السكوت، وأقامت(١) البينة عليه، وإن أنكر، فَإِنْكَارُهُ طَلاَقٌ أم لا؟

فيه وجهان، كما ذكرنا فيما إذا جرى نكاح، ثم قال الزَّوْجُ: كان الشَّاهِدَانِ فَاسِقَيْنِ، وأنكرت المرأة والأصح منهما على ما ذكره الإِمَامُ أنه ليس بِطَلاَقٍ، فإن جَعَلْنَا إِنْكَارَهُ طَلاَقاً سقط ما يدعيه، ولها أن تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ، ولو رَجَعَ عن الإِنْكَارِ(٢) وقال: غلطت في الإِنْكَارِ، لم ينفعه الرُّجُوعُ، وإن لم يَجْعَلْهُ طَلاَقاً، فَإِنْكَارُهُ كَسُكُوتِهِ، حتى يقيم البَيِّنَةَ عليه، ولو رَجَعَ قبل رُجُوعِهِ، وسُلِّمت الزَّوجَةُ إليه وهذا ما اخْتَارَهُ القَفَّالُ، وشَبَّهَهُ بما إذا قَالَتْ: انْقَضَتْ عِدَّتِي قبل الرَّجْعَةِ، ثم قالت: غَلطت، وسلمت صحة الرجعة، فإنه يُقْبَلُ رُجُوعُهَا، ولو لم تكن بَيِّنَةٌ، وحَلِفَ الرَّجُلُ، فَلاَ شَيْءَ عليه، وله أن يَنْكِحَ أُخْتَهَا، وأَرْبَعاً سِوَاهَا، وليس لها أن تَنْكِحَ زَوْجاً غيره، إذا لم تجعل الإِنْكَارَ طَلاَقاً.

وإن انْدَفَعَ النكاح ظَاهِراً، إلى أن يُطَلِّقَهَا، أو يموت. قال في «التهذيب»: أو يفسخ بِإِعْسَارِهِ، أو لامْتِنَاعِهِ، إذا جعلنا الامْتِنَاعَ مع القُدْرَةِ مُمَكِّناً من الفَسْخِ، وليكن هذا مَبْنِيّاً على أن لِلْمَرْأَةِ أن تَفْسَخَ بِنَفْسِهَا، أما إذا أَحْوَجْنَاهَا إلى القاضي، فما لم يظهر له النِّكَاح، كيف [يفسح أو](٣) يَأْذَنُ في الفَسْخِ(٤)؟

وينبغي أن يَرْفُقَ الحَاكِمُ به حتى يقول: إن نَكَحْتها فقد طلقتها، ليحلَّ(٥) لها النكاح، فإن نَكَلَ الرَّجُلُ، حَلَفَتْ هي، واسْتَحَقَّتِ المَهْرَ، والنَّفَقَةَ.

فرعان:

عن «التهذيب» وغيره:

أحدهما: امْرَأَةٌ تحت رَجُلٍ، ادَّعَىٰ آخَرُ أنها زَوْجَتُهُ، فالصَّحِيحُ: أن هذه الدَّعْوَىٰ عَلَيْهَا، لا على الرجل، لأن الحُرَّةَ لا تَدْخُلُ تحت اليَدِ.

ولو أقام كُلُّ واحد منهما بَيِّنَةً، لم تُقدم بَيِّنة من هي تحته، بل هما كائنين(٦)، أقام

---

(١) في أ: إقامة.
(٢) سقط في: ز.
(٣) سقط في: أ.
(٤) وقد تقدم في الفسخ بالإعسار أن الغزالي قال في البسيط: إذا لم يكن في الناحية قاض ولا محكم فالوجه إثبات الاستقلال بالفسخ، وإنما قال الغزالي ذلك للتعذر، وهذا المعنى موجود فيما إذا أنكر الزوج الزوجية ولا بينة فينبغي أن يفسخ مطلقاً كما أطلق البغوي.
(٥) في أ: أطلقتها.
(٦) في ز: كابنين.

كُلُّ واحد منهما بَيِّنَةً، على نكاح خَلِيَّةٍ، فَيُنْظَرُ: إن كَانَتَا مُؤَرَّخَتَيْنِ بِتَارِيخٍ واحد، أو مُطَلَّقَتَيْنِ، فقد تَعَارَضَتَا، ولا يَجِيءُ قَوْلاَ القُرْعَةِ، والقِسْمَةِ.

وإن كانتا مُؤَرَّخَتَيْنِ بتاريخين مختلفين، قدمت البَيِّنَةُ التي سَبَقَ تَارِيخُهَا، بخلاف ما إذا كان هَذَا التَّعَارُضُ في الأَمْلاَكِ؛ ففي التَّرْجِيحِ بالسَّبْقِ، قولان؛ لأن الانْتِقَالَ، وتَدَاوُلَ الأَيْدِي، غَالِبٌ في الأموال، دون المَنْكُوحَاتِ.

ولو قامت بَيِّنَةُ أحدهما على النِّكَاحِ، وبَيِّنَةُ الآخر على إِقْرَارِهَا بالنكاح، فالأول[1] أَوْلَى، كما لو أقام هذا بَيِّنَةً على أنه غَصَبَ منه كذا، وآخَرُ بَيِّنَةً[2] على أنه أقر [له][3] بذلك. وإن أقرت لِأَحَدِهِمَا، فعلى ما ذكرنا، فيما إذا زَوَّجَهَا وليان من شَخْصَيْنِ، وادَّعَىٰ كُلُّ واحد منهما سَبْقَ نِكَاحه.

الثاني: ادَّعَتِ امْرَأَةٌ ذات وَلَدٍ، أنها منكوحة، وأن الوَلَدَ منه، وسمعنا دَعْوَىٰ النِّكَاحِ منها، فإن أنكر النِّكَاحَ، والنَّسَبَ، فالقول قوله، مع اليمين وإن قال: هذا وَلَدِي من غَيْرِهَا، أو اقْتَصَرَ على قوله: هذا وَلَدِي، لم يكن مُقِرّاً بالنِّكَاحِ.

وإن قال: هو وَلَدِي منها، وَجَبَ المَهْرُ؛ لأن الاعْتِرَافَ بالنَّسَبِ، اعتراف بالإِصَابَةِ ظَاهِراً، والإِصَابَةَ تَقْتَضِي المَهْرَ. وإن أَقَرَّ بالنكاح، فعليه المَهْرُ، والنَّفَقَةُ، والكُسْوَةُ.

فإن قال: كان نكاح تَفْوِيضٍ، فلها مُطَالَبَتُهُ بالفرض[4]، إن لم يَجْرِ دُخُولٌ، وإن جرى، فقد وجب المَهْرُ بالدخول، ولا معنى لإِنْكَارِهِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: السَّابِعَةُ العَبْدُ إِذَا ادَّعَىٰ أَنَّهُ حُرُّ الأَصْلِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنِ ادَّعَى الإِعْتَاقَ فَعَلَيْهِ البَيِّنَةُ، وَالصَّغِيرُ المُمَيِّزُ هَلْ يَقْبَلُ دَعْوَاهُ الحُرِّيَّةَ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُسْمَعُ فالصَّحِيحُ أَنَّهُ إِذَا بَلَغَ سُمِعَتْ وَصُدِّقَ بِيَمِينِهِ وَلاَ تَأْثِيرَ لِلْيَدِ وَلإِبْطَالِ الدَّعْوَى السَّابِقَةِ، وَيَجُوزُ شِرَاءُ العَبْدِ البَالِغِ اعْتِمَاداً عَلَى ظَاهِرِ اليَدِ مَعَ سُكُوتِ العَبْدِ، وَقِيلَ: لاَ بُدَّ مِنْ إِقْرَارِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من ادَّعَىٰ رِقَّ بَالِغٍ، وقال البَالِغُ: أنا حُرُّ الأَصْلِ، فالقول قوله[5]،

---

(١) في ز: فالأولى.
(٢) في ز: بينته.
(٣) سقط في: أ.
(٤) في ز: بالقرض.
(٥) وهذا نص عليه الشافعي في الأم وقال الإمام في باب الدعوى على مذهب أبي حنيفة أنه لم يختلف أصحابنا في ذلك لأن ظاهر الدار الحرية، وهي الأصل، فمدعيها متمسك بالأصل والظاهر، لكن في روضة الحكام لشريح الروياني عن بعض أصحابنا أن المذهب أن القول قول ذي اليد، وعلى المشهور فإنا لم نجعل ليد مُدعي رق البالغ أثراً؛ لأن اليد إنما تدل على الملك فيما هو مال في نفسه، والنزاع ها هنا في مالية الشخص، والأصل انفكاكه عن المالية. كذا قرره في البسيط.

وعلى المُدَّعِي البَيِّنَةُ، ولا فَرْقَ بين أن يكون إنْكَارُهُ مَسْبُوقاً باستخدام[١] المُدَّعِي؛ وتَسَلُّطِهِ عليه، أَوْ لا يَكُونَ، ولا بين أن تَتَدَاوَلَهُ الأَيْدِي، ويَجْرِيَ عليه البَيْعُ، والشِّرَاءُ مِرَاراً، وبين ألا يكون كذلك فإن كان قد اشْتَرَاهُ من غيره، وحَلَفَ على نَفْسِ الرِّقِّ، فهل يرجع المشتري على بائعه بالثَّمَنِ؟ هذا سنذكره في المَسْأَلَةِ الرَّابِعَةِ من الرُّكْنِ الثاني. فإن قال البالغ[٢] لمن في يَدِهِ: إنك أعتقتني[٣]، أو أَعْتَقَنِي مَنْ بَاعَنِي منك، فَيُطَالَبُ بالبَيِّنَةِ.

ومن ادَّعَى رِقَّ صَغِيرٍ؛ فإن لم يكن في يَدِهِ، لم يُصَدَّقْ، إلا بِبَيِّنَةٍ، وإن كان في يَدِهِ، نُظِرَ: إن أسندت إلى التقاطٍ[٤]، فكذلك الحُكْمُ في أَصَحِّ القولين.

والثاني: أنه يُقْبَلُ قوله، ويُحْكَمُ له بالرِّقِّ، وإن لم يُعْرَفْ إِسْنَادٌ ما إلى الالتقاط، فَيُصَدَّقُ، ويُحْكَمُ له، كما إذا ادَّعَىٰ المِلْكَ في دَابَّةٍ، أو ثوب في يده، فلو كان الصَّغِيرُ مميزاً، فأنكره، فهو كَإِنْكَارِ البَالِغِ، حتى يحتاج مُدَّعِي الرِّقِّ إلى البَيِّنَةِ، أو لا عِبْرَةَ بِإِنْكَارِهِ، كما لو كان [غير][٥] مُمَيِّزٍ، حتى يُحْكَمَ بِرِقِّهِ؟

فيه وجهان:

أصحهما: الثاني.

وإذا جَرَيْنَا على قَوْلِ المُدَّعِي، ثم بلغ الصَّغِيرُ، وأنكر الرِّقَّ، فهل يحتاج المُدَّعِي إلى البَيِّنَةِ ويُصَدَّقُ مُنْكِرُ الرِّقِّ إذا لم تكن بَيِّنَةٌ، أو يَسْتَمِرُّ الرِّقُّ، إلا[٦] أن تقوم بينة على حُرِّيَّتِهِ؟ فيه وجهان:

أصحهما: الثاني. وكل ذلك مذكور بالشَّرْحِ في باب اللَّقِيطِ، ولا فَرْقَ بين أن يَدَّعِي في الصغير مِلْكَهُ، ويستخدمه، ثم[٧] يبلغ، وينكر، وبين أن يَتَجَرَّدَ الاسْتِخْدَامُ، والاستئجار إلى البُلُوغِ، ثم يَدَّعِي مِلْكَهُ، وينكر المستخدم في جَرَيَانِ الوجهين.

كذلك ذكر القاضي الرُّويَانِيُّ وغيره، واليَدُ على البَالِغِ المُسْترقِّ، وإن لم يُغْنِ عن البَيِّنَةِ عند إنكاره، فهي غير سَاقِطَةِ الاعْتِبَارِ بالكلية، بل يجوز الاعْتِمَادُ عليها في الشِّرَاءِ. وإن سَكَتَ المسترق اكْتُفِيَ بأن الظاهر أن الحر لا يُسْتَرَقُّ.

وعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ: أنه كما لا يَجُوزُ شِرَاؤُهُ مع الإِنْكَارِ للرِّقِّ، لا يجوز شِرَاؤُهُ مع سُكُوتِهِ، بل يُسْأَل أولاً، فإن أَقَرَّ، اشْتُرِيَ.

---

(١) في ز: باستحلام.
(٢) في أ: البائع.
(٣) في أ: أعتقته.
(٤) في ز: التلقط.
(٥) سقط في: أ.
(٦) في أ: إلى.
(٧) في ز: حتى.

وقوله في الكتاب: «والصغير المميز، هل يُقْبَل دعواه الحرية»؟ أي: هل يُؤثر كلامه حتى يحتاج مُدَّعِي الرِّقِّ إلى البَيِّنَةِ؟ أو يُجْعَل لَغْواً؟ وقد يُبْنَى الوَجْهَانِ على الخلاف، في صِحَّةِ إِسْلاَمِهِ، وتَدْبِيرِهِ.

وقوله: «فالصَّحِيحُ أنه إذا بَلَغَ سُمِعَت، وصُدِّقَ بيمينه»، يعني أنه يُعْتَبَرُ إِنْكَارُهُ، حينئذ، فيحتاج المُدَّعِي إلى البَيِّنَةِ، فإن لم تكن بَيِّنَةٌ، حلف، وحُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ.

وهذه المسألة مُكَرَّرَةٌ؛ قد ذكرها مَرَّةً في كتاب اللَّقِيطِ، لكنه أَرْسَلَ ذِكْرَ الوجهين هناك وههنا رَجَّحَ اعتبار إِنْكَارِهِ، وتصديقه بيمينه، والأَرْجَحُ عند أكثرهم خلافه.

وقوله: «ولا تأثير لليد»، أي: لِيَدِ المدعى [ولا لإبطال الدعوى][1] السابقة الجَارِيَةِ في حال التَّمْيِيزِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّامِنَةُ: الدَّعْوَى بالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ فِيهِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ لاَ يَلْزَمُ بِهِ شَيْءٌ فِي الحَالِ، وَدَعْوَى ٱلاَسْتِيلاَدِ تُسْمَعُ، وَدَعْوَى التَّدْبِيرِ وَتَعْلِيقِ ٱلْعِتْقِ بِصِفَةٍ كَالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في سَمَاعِ الدَّعْوَى بالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ وَجْهَانِ:

أحدهما: المَنْعُ، لأنه لا يَتَعَلَّقُ بها إِلْزَامٌ في الحال، ومُطَالَبَةٌ.

والثاني: يُسْمَعُ، ليثبت في الحَالِ، ويُطَالَبُ في الاستقبال، وقد يَمُوتُ مَنْ عليه فيتعجل[2] الطَّلَبَةُ، وبهذا أَجَابَ بَعْضُ أصحاب الإِمَامِ.

والأول هو الجواب في فَتَاوَىْ القَفَّالِ.

وذكر القاضي أبو سَعْدٍ الهَرَوِيُّ: أنه الأصح.

وفيه وَجهٌ ثالث: وهو أنه إن كانت له بَيِّنَةٌ، فَتُسْمَعُ دَعْوَاهُ، ليُسجّل، فيأمن غيبتها وقولها، وإن لم يكن، فلا تُسْمَعُ. وفي دعوى الجَارِيَةِ الاسْتِيلاَد، والرَّقيق والتَّدْبِير وتَعْلِيقِ العِتْقِ بالصِّفَةِ، فيه طريقان:

أحدهما: أنها تُسْمَعُ؛ لأنها حُقُوقٌ نَاجِزَةٌ تَرْتَبِطُ بها الدَّعْوَىٰ.

والثاني: أنها على الخِلاَفِ في دَعْوَى الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ؛ لأن المَقْصُودَ منها العِتْقُ في المستقبل، والاسْتِيلاَدِ، أولاها بأن تُسْمَعَ دعواه، لتتنجز آثَارُهُ من انتفاع[3] البيع، والرَّهْنِ، وغيرهما.

ولذلك اخْتَارَهُ في الكتاب وفي الاسْتِيلاَدِ بالطَّرِيقَةِ الأُولى، وفي التَّدْبِيرِ وتَعْلِيقِ

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: متعجل.
(٣) في ز: امتناع.

العِتْقِ، وطريق التخريج، على الخلاف في الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ، إذا لم نجوز الرُّجُوعَ عن التَّدْبِيرِ، فإن جَوَّزْنَاهُ، فإنكار السيد(١) رجوع يُبْطِلُ مَقْصُودَ المدعي(٢).

فروع:

من ادُّعِيَ عليه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ قبل المَحَلِّ، فله أن يَقُولَ في الجواب: لا يَلْزَمُنِي دَفْعُ شيء إليه الآن، ويَحْلِفُ عليه، وهل له أن يقول: لا شَيْءَ عَلَيَّ مُطْلَقاً؟

عن القَفَّالِ، فيه وجهان مَبْنِيَّانِ على وجهين ذُكِرَا في أن الدَّيْنَ المُؤَجَّلَ؛ هل يُوصَفُ قبل الحُلُولِ بالوجوب(٣)؟

---

(١) في أ: فإن كان للسيد.

(٢) قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: محل المنع ما إذا كانت الدعوى بالمؤجل على طريق الاستقلال، فأما لو كانت على سبيل التبعية فإنها تسمع، وذلك في مواضع:

منها: إذا ادعى على القاتل بقتل خطأ أو شبه عمد فإنه تسمع الدعوى قطعاً، وقد جزم النووي بذلك في الروضة في الكلام على العاقلة مع أن الخطأ وشبه العمد إنما يوجب دية مؤجلة في ثلاث، ولكن لمكان حرمة الدماء سمعنا الدعوى فيها على القاتل جزماً مع أن محط الدعوى إنما هي الدية، ومع هذا فهي مؤجلة.

ومنها: إذا كان بعض الدين حالاً، وبعضه مؤجلاً، فإنه تسمع الدعوى بالكل جزم بذلك الماوردي في الحاوي في أول كتاب الدعوى والبينات وقال الماوردي عقب هذا: فلو كان المؤجل في عقد قصد بدعواه تصحيح المطالبة كالسلم المؤجل صح دعواه؛ لأن المقصود به يستحق في الحال. قال وما ذكره من المطالبة لا معنى له، ولعله أراد تصحيح المعاقدة، ولو ادعى البائع على المشتري أنه باعه، وكذا بثمن مؤجل، وقصد بدعواه إظهار صحة العقد، فقياس ما ذكره الماوردي سماع الدعوى في هذا أيضاً، ويزاد هنا أنه يريد منه أن يتسلم المبيع ليزول عنه ضمان العقد، ويقاس على هذا ما كان في معناه، ولو ادعى أنه أجره داره بأجرة مؤجلة كان الحكم ما سبق في صحة الدعوى لإظهار صحة العقد.

ويضاف إليه إجبار المستأجر على التسلم لئلا تفوت المنافع قبل أن يتسلم بلا أجرة.

وقال في القوت: الأصح عند أكثر الأصحاب سماع الدعوى لغرض التسجيل عند حذف موت الشهود أو طول غيبتهم.

(٣) سكت المصنف عن الترجيح وقال في الخادم: المذهب المنع، كذا حكاه شريح الروياني في الروضة عن جده فقال: ولو ادعى عليه ديناً مؤجلاً فحلف أنه لا شيء عليه فوجهان، قال جدي: المذهب أنه يحنث إلا أن يحلف أنه لا شيء له عليه يلزمه توفيره عليه فلا يحنث.

قال في الخادم: وما استثناه الظاهر أنه حيث نواه وإلا فلو صرح به لم يقنع القاضي به ولا يضر التورية في مثله؛ لأنه محق.

وقال القاضي الحسين في تعليقه في آخر التفليس: لو ادعى عليه ديناً فله أن يحلف أنه لا لزمه تسليمه إليه لأنه قد يكون مؤجلاً، وقيل ينبغي على أنه لو أقر بالأجل هل يقبل، فإن قلنا: لا يقبل لم يجز له أن يحلف على نفي وجوب التسليم.

وعنه: أن من أُقِيمَ عليه البَيِّنَةُ بألف. فقال: عَلَيَّ أَلْفٌ، لكنه مُؤَجَّلٌ، فَحَلَّفُوهُ أنه مُعَجَّلٌ، فقد سقط أَثَرُ الشهادة. وهذا شخص أَقَرَّ لغيره بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ، ففي قَبُولِ قَوْلِهِ في الأَجَلِ قولان؛ إن قبلناه، فله تَحْلِيفُ المُدَّعِي على نفي الأَجَلِ(١).

قَالَ الْغَزَالِيُّ: التَّاسِعَةُ لَوْ سَلَّم ثوباً قِيمَتُهُ خَمْسَةٌ إِلَى دَلاَّلٍ لِيَبِيعَهُ بِعَشَرَةٍ فَجَحَدَ فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: لي عَلَيه ثَوْبٌ إِنْ تَلِفَ فَعَلَيْهِ خَمْسَةٌ وَإِنْ بَاعَ فَعَلَيْهِ عَشَرَةٌ وَإِنْ كَانَ قَائِماً فَعَلَيْهِ رَدُّ الثَّوْبِ وَيَقْبَلُ مَعَ التَّرَدُّدِ لِلحَاجَةِ، وَقِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ يُعَيِّنَ كُلَّ قَسَمٍ فِي دَعْوَىٰ، ثُمَّ إِذَا نَكَلَ عَنْ وَاحِدٍ فَلَهُ أَنْ يَسْتَدِلَّ بِنُكُولِهِ عَلَى كَذِبِهِ فَيَحَلَّفَ فِيهِ وَجْهَان.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مسألة الدّلال هذه قد ذكرناها مع أختها التي أَوْرَدَهَا في الكتاب في آخر الرّكْنِ الرابع من «باب القَضَاءِ على الغَائِبِ»؛ وهي أن يَتَرَدَّدَ في بقاء العَيْنِ، ولا يدري، أَيُطَالبُ بالعَيْنِ أو القيمة؟ وبَيَّنَّا أن أَقْرَبَ الوجهين أنه يَجُوزُ أن يدعي على التمثيل فيقول: غُصِبَ مِنِّي كذا. فإن بقي، فَعَلَيْهِ رَدُّهُ، وإلا قيمته، أو مِثْلُهُ.

ويقول في هذه المسألة: أخذ مني ثَوْباً، فعليه رَدُّهُ، أو ثمنه، أو قِيمَتُهُ.

والوجه الثاني: أنه لا بد في الدَّعْوَىٰ في طلب جَازِمٍ؛ فيفرد لكل وَاحِدٍ من المطالب دَعْوَى بِرَأْسِهَا. فإن قلنا بالأول، فإنما أنكر المُدَّعَىٰ عَلَيْه، ولا بَيِّنَةَ، يحلف على نَفْيِ الجميع، وإن نكل ردت اليَمِينُ على المُدَّعِي، فيحلف على التَّرَدُّدِ. كما إذا ادَّعَى على التَّرَدُّدِ، أم لا بد في الحَلِفِ من التعيين؟

حكى الإمام فيه وَجْهَيْنِ.

فإن قلنا: نفرد لكل مَطْلَبٍ دَعْوى، فإذا ادَّعَى ما رآه أقرب، ونكل الخَصْمُ، فنكوله يُؤَكِّدُ ظَنّ المدعى بكذبه، فهل له أن يَحْلِفَ اليمين المَرْدُودَةَ بذلك؟

فيه وجهان:

أشبههما: نعم، اسْتِدْلالاً بنكوله على كَذِبِهِ، كما يُسْتَدَلُّ بِخَطِّ أبيه. وأُجْرِيَ الوجهان فيما إذا أنكر المودع التَّلَفَ وتأكد ظَنُّهُ بنكول المودع، هل يَحْلِفُ اليَمِين المردودة؟ وفي فَتَاوَى القَفَّالِ: أنه لو ادَّعَى ثَوْباً، فقال: كان في يَدِي، وقد هَلَكَ فأغرم القيمة ـ فقال المدعى للحاكم: قد أَقَرَّ بالثَّوْبِ، فحلفه، أنه لا يلزمه تَسْلِيمُ الثوب إلى حَلِفِهِ، فإن حلف، مُنِعَ منه بالقيمة، وإن نَكَلَ وحلف المدعى على بَقَاءِ الثوب، طُولِبَ بالعَيْنِ، والله أعلم.

---

(١) قال في القوت: هكذا وقع في كتاب الرافعي على كثرة نسخه، وفيه خلل وهو أنه يقال إن قبلناه فالقول قوله فيه مع يمينه، وإلا فله تحليف المدعي على نفي الأجل، انتهى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الثَّانِي: جَوَابُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَهُوَ إِقْرَارٌ أَوْ إِنْكَارٌ إِذِ السُّكُوتُ كَالإِنْكَارِ، وَقَوْلُهُ: لِي عَنْ دَعْوَاكَ مَخْرَجٌ أَوْ لِفُلانٍ عَلَيَّ أَكْثَرُ مِمَّا لَكَ اَسْتِهْزَاءٌ وَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المُدَّعَى عَلَيْهِ: إما أن يُجِيبَ بِالإِقْرَارِ، أو بالإِنْكَارِ، أو يَسْكُتَ. وإنما قال: السُّكُوتُ كالإِنْكَارِ؛ لأن المُدَّعَى عليه، إذا أَصَرَّ على السكوت، جُعِلَ كالمُنْكِرِ الناكل. وتُرَدُّ اليَمِينُ على المُدَّعِي، فهو في الحُكْمِ كالإنكار(١)، والكلام في الإِقْرَارِ وصِيغَتِهِ، ما مَرَّ في باب الإقرار.

وقول المُدَّعى عليه: لي عن دعواك مَخْرَجٌ، ليس بإِقْرَارٍ، يجوز أن يزيد المَخْرج بالإنكار. وكذا قوله لفلان: عَلَيَّ أَكْثَرُ مما لك، ليس بِإِقْرَارٍ للمخاطب، فيما ادَّعَاهُ؛ لأنه يحتمل أن يزيد الاستهزاء، وأيضاً يحتمل أن يُرِيدَ: لفلان عَلَيَّ حُرْمَةٌ، وحَقٌّ أكثر مما لك.

وقد ذكر القاضي أبو سَعْدٍ أنه لو قال: لك عَلَيَّ أَكْثَرُ مما ادَّعَيْتَ، لم يكن إِقْرَاراً؛ لاحْتِمَالِ أن يريد: لك من الحق عِنْدِي، ما يستحق له أكثر مما ادعيت. وكما لا يَكُونُ قوله: لفلان عَلَيَّ أَكْثَرُ مما لك إِقْرَاراً للمخاطب، فلا يكون إقراراً لفلان أيضاً، لاحْتِمَالِ أن يزيد معي الحق والحُرْمَة، نعم لو قال: لفلان مَالٌ أكثر مما ادَّعَيْتَ، فهذا يكون إِقْرَاراً لفلان، إلا أنه يقبل تفسيره بما دُونَهُ في القَدْرِ؛ تَنْزِيلاً على كَثْرَةِ التَّرِكَةِ، أو الرَّغْبَةِ على ما أوضحناه في الإقرار.

وقوله في الكتاب: «استهزاء وليس بإقرار». أي هو يحتمل الاسْتِهْزَاءَ. ولا شَكَّ

---

(١) قال الشيخ البلقيني في التصحيح: محل ما ذكره المصنف إذا لم يكن المدعى عليه نائباً عن المدعى عليه، فإن كان نائباً بوكالة فيجعل كالمنكر، ولا يجعل كالناكل؛ لأن اليمين لا يتوجه عليه فلا يكون كالناكل ويحتمل أن يقال على بعد الوكيل إذا أصر على السكوت، فإن كان موكله حاضراً راضياً بذلك فلا يقنع من الوكيل بالسكوت؛ لأنه خلاف ما وكل فيه ولا يكون المدعى عليه هنا كالمنكر، وأما الولي المدعى عليه من جهة ما يتعلق ممن هو في ولايته فلا يحل له السكوت ويجب عليه من جهة ما يتعلق ممن هو في ولايته فلا يحل له السكوت ويجب عليه أن يجيب بما يعرفه من الحال، فإن أصر على السكوت فإن كان أباً أو جداً أو وصياً من جهة أحدهما عرفه الحاكم أن هذا الذي تعمده من السكوت لقصد التعنت والإصرار قادح في الولاية، فإن أنت بادرت إلى الجواب وأقلعت عن هذا التعنت فأنت على ولايتك وإلا فلا ولاية لك، وهذا السكوت له شبه بالفضل والكلام فيه معروف، وإن كان المدعى عليه قيماً من جهة الحاكم زجره الحاكم وأقام غيره عند إضراره، ولا يجعل كالمنكر. انتهى.

وقال الأذرعي في القوت: إمساك الأخرس عن الإشارة المفهمة للجواب كسكوت الناطق، ومن لا يفهم لا يصح الدعوى عليه، كالمجنون، وأما الأصم الذي لا يسمع أصلاً فإن كان بصيراً يفهم الإشارة البينة فكالأخرس المفهم، وإلا فكمن لا يفهم، وإن كان أعمى فكطفل، نعم لو كان البصير أو الأخرس الذي لا يفهم كاتباً فيشبه أن يقال: كتابته دعوىً وجواباً كعبارة الناطق.

أنه لو فَسَّرَهُ بما هو إقرار، يكون إِقْرَاراً. ولو قال: الحَقُّ أَحَقُّ أن يُؤَدَّىٰ، لم يكن إِقْرَاراً، لأنه المعنى حيث يكون حقاً فأما أنا فبريء.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وفِيهِ مَسَائِلُ: الأُولَى لَوْ قَالَ: لِي عَلَيْكَ عَشَرَةٌ فَقَالَ: لاَ يَلْزَمُنِي العَشَرَةُ لَمْ يَكْفِهِ اليَمِينُ مُطْلَقاً بَلْ يَحْلِفُ بِأَنَّهُ لَيسَ عَلَيهِ عَشَرَةٌ وَلاَ شَيْءٌ مِنْهَا، فَإِنِ اقْتَصَرَ كَانَ نَاكِلاً عَنِ اليَمِينِ فِيمَا دُونَ العَشَرَة، وَلِلْمُدَّعِي أَنْ يَحْلِفَ عَلَى العَشَرَةِ إِلاَّ شَيْئاً إِلاَّ إِذَا أَضَافَ إِلَى عَقْدٍ بِأَنْ قَالَتْ: نَكَحْتَنِي بِخَمْسِينَ فَحَلَفَ أَنَّهُ نكَحَ لاَ بِخَمْسِينَ فَلاَ يُمْكِنُهَا الحَلِفُ عَلَى مَا دُونَ الخَمْسِينَ لِمُنَاقَضَةِ الدَّعْوَىٰ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا ادَّعَى عَشَرَةً على إِنْسَانٍ فقال: لا يَلْزَمُنِي العشرة، لم يكن هذا جَوَاباً تَامّاً، وإنما الجواب أن يضيف إليه ولا شيء منها، أو ولا بعضها وهكذا يحلف، إن حلف؛ لأن مدعي العشرة، مُدَّعٍ لكل جزء منها، فلا بد وأن يطابق الإِنْكَار واليمين دَعْوَاه.

وعن القاضي الحسين: أنه لا يكلف في الإِنْكَارِ أن يَقُولَ ولا شَيْءَ منها وإنما يُكَلَّفُ ذلك في اليمين، وإذا حَلَّفَهُ القَاضِي، على أنه لا يَلْزَمُهُ العَشَرَةُ، ولا شَيْءَ منها][1]، فحلف على نَفْيِ العشرة، واقْتَصَرَ عليه، فلا تَلْزَمُهُ العشرةُ، بتَمَامِهَا، [وهو][2] نَاكِلٌ عما دُونَ العشرة، [فَلِلْمُدَّعِي أن يَحْلِفَ على اسْتِحْقَاقِ ما دون العَشَرَةِ][3] بشيء قليل، ويأخذه[4]. ولو نَكَلَ المُدَّعَىٰ عليه عن مُطْلَقِ اليَمِينِ، وأراد المدعي أن يَحْلِفَ على بعض العشرة.

قال في «التهذيب»: إن عَرَضَ القاضي عليه اليَمِينَ، على المُدَّعَىٰ، وعلى كل جُزْءٍ منه، فله أن يَحْلِفَ على بَعْضِهَا، وإن عَرَضَ عليه اليَمِينَ على المدعى وحده، لم يكن له الحَلِفُ على البَعْضِ [بل تُسْتَأْنَفُ الدَّعْوَى للْبَعْضِ الذي يريد الحَلفَ عليه، وحيث جَوَّزْنَا للمدعي الحَلِفَ على بعض المُدَّعَى، وذلك إذا لم يسند المُدّعى إلى عَقْدٍ][5].

أما إذا أَسْنَدَهُ؛ كما إذا قالت المَرْأَةُ: نَكَحْتَنِي بخمسين، وطَالَبَتْهُ به، ونَكَلَ الزَّوْجُ، فلا يُمْكِنُهَا الحَلِفُ على أنه نَكَحَهَا ببعض الخمسين؛ لأنه يَتَنَاقَضُ ما ادَّعَتْهُ أَوَّلاً.

ولو ادَّعَى أن الدَّارَ التي في يَدِ هذا مِلْكِي، يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهَا إِلَيَّ، فالمُدَّعَىٰ عليه إذا أَنْكَرَ، يَحْلِفُ أنها ليست مِلْكاً له، ولا شَيْءَ منها، وأنه لا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهَا إليه، ولا تَسْلِيمُ شَيْءٍ منها.

---

(١) سقط في: أ.
(٢) سقط في: أ.
(٣) سقط في: أ.
(٤) في أ: ومأخذه.
(٥) سقط في: ز.

ولو ادَّعَى أنه بَاعَهَا منه، يَكْفِيهِ أن يَحْلِفَ أنه لم يبعها، على القِيَاسِ الذي تَمَهَّدَ في الفصل.

وقوله في الكتاب: «فَأَقَرَّ أنه نَكَحَ لا بالخمسين، التقييد بإقراره بالنكاح، كالمُسْتَغْنَىٰ عنه، فإن المَرْأَةَ إنما تَدَّعِي، وتطلب الصَّدَاقَ، وذلك فيما يرجع إلى الحَلِفِ، والتَّحْلِيفِ، ولا يختلف بين أن يُقِرَّ بالنِّكَاحِ، أو لا يقر.

وقوله: «فلا يُمْكِنُهَا الحَلِفُ على ما دُونَ الخمسين». أي: على النِّكَاحِ بما دُونَ الخمسين، فإن اسْتَأْنَفَتْ وادَّعَتْ عليه بَعْضَ الخمسين الذي جَرَى النِّكَاحُ عليه، فيما زَعَمَتْ، ونَكَلَ، وجب أن يَجُوزَ لها الحَلِفُ عليه والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ لَوْ قَالَ: مَزَّقْتَ ثَوْبِي وَلِي عَلَيْكَ الأَرْشُ فَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ: لاَ يَلْزَمُنِي الأَرْشُ وَلاَ يَلْزَمُهُ التَّعَرُّضُ لِلتَّمْزِيقِ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَىٰ مِلْكاً أَوْ دَيْناً فَيَكْفِي أَنْ يَقُولَ: لاَ يَلْزَمُنِي التَّسْلِيمُ، فَإِنْ كَانَ المِلْكُ فِي يَدِهِ بِإِجَارَةٍ أَوْ رَهْنٍ وَخَافَ إِنْ أَقَرَّ أَنْ يُطَالَبَ بِالبَيِّنَةِ فَقَدْ قِيلَ: القَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّ اليَدَ تُصَدِّقُهُ فِي الرَّهْنِ وَالإِجَارَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: القَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ فَحِيلَتُهُ أَنْ يُفَصِّلَ الجَوَابَ وَيَقُولَ: إِنِ ادَّعَيْتَ مِلْكاً مُطْلَقاً فَلاَ يَلْزَمُنِي التَّسْلِيمُ، وَإِنِ ادَّعَيْتَ مَرْهُوناً عِنْدِي فَحَتَّى أُجِيبَ، وَقِيلَ: هَذَا لاَ يُسْمَعُ مُرَدَّداً وَلَكِنَّ حِيلَتَهُ أَنْ يُنْكِر مِلْكَهُ إِنْ أَنْكَرَ هُوَ دَيْنَهُ وَيَلْتَفِتَ إِلَى الظَّفَرِ بِغَيْرِ جِنْسِ حَقِّهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا ادَّعَىٰ مَالاً، وأَسْنَدَهُ إلى جِهَةٍ؛ بأن قال: أَقْرَضْتُ مِنْكَ كذا، وطَالَبَهُ بِبَدَلِهِ، أو قال: غَصَبْتَ عَبْدِي، وتَلِفَ عِنْدَكَ، فعليك [كذا، ضماناً][1]. أو قال: مَزَّقْتَ ثَوْبِي، فعليك كذا أَرْشاً، أو اشتريت منك كذا، وأَقْبَضْتُكَ ثمنه، فعليك تَسْلِيمُهُ، أو اشْتَرَيْتَ مِنِّي كذا، فعليك ثَمَنُهُ، وطالبه بالمُدَّعَى، فليس على المُدَّعَىٰ عليه أن يَتَعَرَّضَ في الجواب لتلك الجِهَةِ، بل يَكْفِيهِ أن يقول: لا يَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئاً، ولا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُ شيء إليك، وكذا يَكْفِيهِ في جَوَابِ طَالِبِ الشُّفْعَةِ: لا شُفْعَةَ لك عندي، أو لا يَلْزَمُنِي تسليم هذا الشِّقْصِ إليك وذلك لأن المُدَّعِي قد يكون صَادِقاً في الإِقْرَاضِ، والغَصْبِ، والشِّرَاءِ، والبيع. وتعرض ما يُسْقِطُ الحَقَّ من أَدَاءٍ، أَوْ إِبْرَاءٍ، أو هِبَةٍ، فلو نفى الإِقْرَاض، وما في معناه، كان كَاذِباً. ولو اعترف، طُولِب بإقامة البَيِّنَةِ على ما يَزْعُمُ عُرُوضَهُ، فقد لا يساعده، فَاقْتَضَتِ الحَاجَةُ قَبُولَ الجَوَابِ المُطْلَقِ[2].

---

(١) سقط في: أ.

(٢) ما جزم به من الاكتفاء بالجواز المطلق قد أشار إلى خلاف فيه في الباب الرابع من كتاب الرهن فيما إذا ادعى المرتهن الأرض أن ما بها من شجر رهن مع الأرض، فأنكر الراهن وجود الشجر حالة الرهن كفى.

وعلى هذا، إذا قالت المَرْأَةُ: طَلَّقْتَنِي. فقال: أنتِ زَوْجَتِي. كَفَاهُ هذا الجَوَابُ. وإذا اقْتَصَرَ المدعي عليه على الجواب المُطْلَقِ؛ فَأَفْضَىٰ الأَمْرُ إلى الحَلِفِ، حلف على ما أجاب، ولم يُكَلَّف التَّعَرُّض في نَفْيِ الجِهَةِ المُدَّعَاةِ.

ولو حَلَفَ على نَفْيِ الجهة المُدَّعَاةِ بعد الجواب المُطْلَقِ؛ جاز. قاله في «التهذيب».

ولو تَعَرَّضَ في الجواب للجهة المُدَّعَاةِ، فقال: ما بعت، أو ما أَقْبَضْتَنِي، أو ما مَرَّقت. فالجواب صَحِيحٌ أيضاً، ثم إن حَلَفَ على وَفْقِ الجواب، فذاك، وإن أَرَادَ أن يَقْتَصِرَ في الحَلِفِ، على أنه لا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ، فيمكن، كما لو أجاب في الابْتِدَاءِ كذلك، أو لا يمكن، لِتُطابِقَ اليَمِينُ الإنكارَ؟

فيه وجهان مذكوران في مَسْأَلَةِ اخْتِلاَفِ المُتَبَايِعَيْنِ في قِدَمِ العَيْبِ وحُدُوثِهِ في مواضع سواها.

والأَظْهَرُ الثاني، ويُحْكَىٰ عن نَصِّهِ ـ رضي الله عنه ـ وعن أبي حَنِيفَةَ أيضاً، وعلى قِيَاسِ البَابِ، لو كان في يَدِهِ مَرْهُونٌ، أو مُسْتَأْجر، وادَّعَاهُ مَالِكُهُ، فيكفيه في الجَوَابِ أن يقول: لا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُهُ، ولا يجب التَّعَرُّضُ لِلْمِلْكِ، فإن أقام المُدَّعِي بَيِّنَةً على المِلْكِ، نُقِلَ في «الوسيط» عن القاضي: أنه يجب عليه تَسْلِيمُهُ، واعْتُرِضَ عليه، بأنه قد يصدق في الشهود، ولا يجب التَّسْلِيمُ، لإِجَارَةٍ، أو رَهْنٍ، ولو أنه اعترف بالمِلْكِ، وادعى رَهْناً، أو إِجَارَةً، وكَذَّبَهُ المُدَّعِي، فمن المُصَدَّقُ منهما؟[(١)]

فيه وجهان، وهما اللذان سَبَقَ ذِكْرُهُمَا في الرَّهْنِ، في باب الاخْتِلاَفِ، فإن صُدِّقَ صَاحِبُ اليد، فذاك، وإن صُدِّقَ المَالِكُ، وهو المذهب، فَمُدَّعِي الرهن، والإِجَارَةِ، يحتاج إلى البَيِّنَةِ[(٢)]، فإن كانت لا تُسَاعِدُهُ البَيِّنَةُ، وخاف على جُحُودِ الراهن، لو اعترف

---

(١) في ز: فيهما.

(٢) قال في الخادم: نازعه في المطلب لأن الاختلاف المذكور في الرهن كما ذكره هو وغيره فيما إذا توافق المالك والمرتهن على صدور الرهن واختلفا في أن الإذن في القبض هل وجد أم لا، وكانت العين في يد المرتهن وبين هذه الصورة، وما نحن فيه فرق ظاهر يعرفه من وقف على المسألة هناك، ولذلك جزم الإمام في باب الامتناع عن اليمين تبعاً للقاضي والفوراني أنه لو أقر بالملك بالراهن وادعى الرهن لا يصدق، وحكى الخلاف في مسألة الرهن في كتاب الرهن.

قال صاحب الخادم: وهو كما قال والواقع في الرافعي هنا وهم ولا يعرف في المذهب خلاف في تصديق المالك في نفي الرهن أو الإجارة، وإنما الوجهان السابقان فيما إذا اتفقا على الرهن واختلفا في القبض ويقع في بعض النسخ في باب اختلاف المتباعين وما ذكره في الخادم أصله كلام شيخه البلقيني فإنه قال: هذا وهم فلا يعرف في المذهب خلاف في أن المصدق المالك في نفي الرهن والإجارة. إلى آخر ما ذكره.

له [بالمِلْكِ][(١)]، فما حِيلَتُهُ؟

فيه وجهان. عن القَفَّالِ: أن حِيلَتَهُ، أن يُفصل الجواب؛ فيقول: إن ادعيت مِلْكاً مُطْلقاً، فلا يَلْزَمُنِي التسليم، وإن ادعيت مَرْهُوناً عندي، فحتى أجيب.

وعن القاضي الحُسَيْنِ: أن الجواب، لا يُسْمَعُ مع التَّرَدُّدِ. ولكن حِيلَتَهُ، أن يَجْحَدَ مِلْكَهُ، إن جحد صَاحِبُهُ الدَّيْنَ، والرَّهن، وعلى عكسه، لو ادَّعَى المرتهنُ الدَّيْنَ، وخاف الرَّاهِنُ جُحُودَ الرَّهْن، لو اعترف بالدَّيْنِ، فعلى الوجه الأول، يُفَصِّلُ فيقول: إن ادَّعَيْتَ ألفاً لي عندك به كذا رَهْناً؟ فحتى أُجِيب، وإن ادَّعَيْتَ ألفاً مُطْلقاً فلا يَلْزَمُنِي.

وعلى الثاني: صارت العَيْنُ مَضْمُونَةً عليه بالجُحُودِ، فلمن عليه الدَّيْنُ أن يَجْحَدَ، ويجعل هذا بذاك، ويُشْتَرَطُ التَّسَاوِي.

ونَظْمُ الكتاب يَقْتَضِي تَرْجِيحَ الوجه الأول، وهو الذي أَوْرَدَهُ الفوراني. وذكر أن المُدَّعَى عليه يُفَصِّلُ الجَوَابَ أبداً، ولا يكون ذلك إِقْرَاراً بشيء، كما إذا ادَّعَىٰ عليه أَلْفاً فقال: إن ادَّعَيْتَ عن ثَمَنِ كذا، فحتى أجيب. وإن ادَّعَيْتَ عن جِهَةٍ أخرى، فلا يَلْزَمُنِي. هذا ما بَلَغَنِي في هذا المَوْضِعِ، ووراءه كَلاَمَانِ:

أحدهما: أنا إذا سَمِعْنَا الجَوَابَ المُرَدَّدَ، كما ذكره الفوراني، لَزِمَنَا أن يَقْنَعَ منه بذلك، ويحوج المُدَّعِي إلى تعيين[(٢)] أحد القسمين، وحينئذ فإما[(٣)] أن يُحْوِجَهُ إلى بَيِّنَةٍ، وينص على تلك الجِهَةِ، أو يُكْتَفَى بِبَيِّنَةٍ مطلقة، [إن اكتفينا بِبَيِّنَةٍ مطلقة][(٤)] لم ينتفع المُدَّعَىٰ عليه بالتَّفْصِيلِ، وإحواج المدعى إلى تَعْيِينِ أَحَدِ القسمين إن أَحْوَجْنَا إلى بَيِّنَةٍ معينة، تَضَرَّرَ المدعى به، لأنه قد ساعده[(٥)] البَيِّنَةُ على إِقْرَارِ الخَصْم بألف مُطْلَقٍ، ولا يساعده على الجِهَةِ، وقد يَجِدُ شُهُوداً، يَعْرِفُون أنه كان [له][(٦)] علَيه أَلْفَانِ بِجِهَتَيْنِ، وعَرَفُوا أنه أَدَّى أَلْفاً عن إِحْدَاهمَا، ولم يعرفوها بِعَيْنِهَا، فيمكنهم أن يَشْهَدُوا بالألف[(٧)]، ولا يمكنهم تَعْيِينُ الجِهَةِ، وكما اكْتَفَيْنَا بالجواب المُطْلَقِ من المدعى عليه، كيلا يَلْزَمُهُ ما ليس بِلاَزِمٍ، ولو عين [الجهة][(٨)] وعجز عن البَيِّنَةِ الدَّافِعَةِ، وجب أن يكتفي بإطلاق المدعى [من جهة المدعى][(٩)] ولا يُحْوِجُهُ إلى تَعْيِينِ الجِهَةِ، كيلا يُفَوِّتَ عليه ما هو فَائِتٌ للعجز عن البَيِّنَةِ المعينة.

---

(١) سقط في: أ.
(٢) في ز: تغيير.
(٣) في ز: قلما.
(٤) سقط في: أ.
(٥) في أ: قد لا تساعده.
(٦) سقط في: أ.
(٧) في ز: بألف.
(٨) سقط في: أ.
(٩) سقط في: ز.

والثاني: أن الوَجْهَ الثَّانِي على ما أَشَارَ إليه في الكتاب، مَأْخُوذٌ من مسألة الظَّفَرِ بغير الجِنْسِ، وحينئذ فالجُحُودُ بناء على جعل شيء، في مُقَابِلِهِ شيء، كأنه مُصَوَّرٌ، فيما إذا عرف المرتهنُ في الصُّورَةِ الأولى جُحُودَ الرَّاهِنِ الرَّهْنَ، والدين، قيل: إن ادعى الرَّاهن عليه أن له في يَدِهِ كذا، وعَرَفَ الرَّاهِنُ في الصورة الثانية، جُحُودُ المرتهنِ كَوْنَ العَبْدِ في يده قبل أن يَدَّعِيَ العَبْدُ عليه، فأما إذا لم يَعْرِفِ الجحود من قبل، فربما لا يَجْحَدُ صَاحِبُهُ، لو أقر فكيف يَجُوزُ له الإِنْكَارُ بالوَهْمِ؟ وكيف نعرف شيئاً بشيء ولم نعرف جحود الخَصْمِ، وتعذر حصول[1] الحق منه.

فرع:

ادَّعَتْ على رَجُلٍ أَلْفاً صَدَاقاً، يكفيه أن يَقُولَ في الجَوَابِ: لا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُ شَيْءٍ إليها، قيل لِلْقَفَّالِ: هل للقاضي أن يَقُولَ: هل هي زَوْجَتُكَ؟ فقال: ما للقاضي ولهذا السؤال. لكن لو سأل فقال: نعم. قَضَى عليه بِمَهْرِ المِثْلِ، إلا أن يُقِيمَ البَيِّنَةَ، أنه نَكَحَهَا بكذا. ولا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ منه[2].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثَةُ: إِذَا ادَّعَىٰ عَلَيْهِ مِلْكاً فَقَالَ: لَيْسَ لِي إِنَّمَا هُوَ وَقْفٌ عَلَى الفُقَرَاءِ أَوْ عَلَى وَلَدِي أَوْ هُوَ مِلْكُ طِفْلِي انْصَرَفَتِ الخُصُومَةُ عَنْهُ وَلاَ يُمْكِنُ تَحْلِيفُ الطِّفْلِ وَلاَ وَلِيِّهُ وَلاَ يُنْجِي إِلاَّ البَيِّنَةُ، وَإِنْ قَالَ: لَيْسَ لِي أَوْ هُوَ لِمَنْ لاَ أُسَمِّيهِ لَمْ يَنصَرِفْ عَنْهُ الخُصُومَةُ، وَقِيلَ: يَأْخُذُهُ القَاضِي إِلَى أَنْ يُقِيمَ حُجَّةً لِمَالِكٍ، وَلَوْ قَالَ: هُوَ لِفُلاَنٍ فَيَحْضُرُ فَإِنْ صَدَّقَهُ انْصَرَفَتِ الخُصُومَةُ عَنْهُ وَلَوْ كَذَّبَهُ فَالصَّحِيحُ أَنَّ القَاضِيَ يَأْخُذُهُ لِيَتَبَيَّنَ مُسْتَحَقَّهُ، وَقِيلَ: يُسَلَّمُ إِلَى المُدَّعِي إِذْ لاَ مُنَازِعَ لَهُ، وَقِيلَ: يُتْرَكُ فِي يَدِهِ إِلَى قِيَامِ حُجَّةٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا ادَّعَىٰ عَقَاراً، أو مَنْقُولاً على إنسانٍ؛ فقال المدعى عليه: إنه ليس لي، فينظر؛ أيقتصر[3]؟ أو يضيفه إلى مَجهُولٍ؟ أو يضيفه إلى معلوم؟

الحالة الأولى والثَّانية أن يَقْتَصِرَ عليه، أو أَضَافَهُ إلى مَجْهُولٍ، فإن قال: هو لرجل لا أَعْرِفُهُ، أو لا أُسَمِّيهِ، ففي انْصِرَافِ الخُصُومَةِ عنه، وانْتِزَاعِ المال من يَدِهِ، وجهان عن ابن سُرَيْجٍ:

---

(١) في ز: تحصيل.

(٢) قال في الخادم: إذا قالت المرأة للقاضي سله، فهل عليه السؤال وعلى الزوج الجواب، قال في البسيط في الاختلاف في الصداق نقل في هذا خلاف، وهو بعيد لا وجه له، وكلامه يقتضي القطع بأنه لا يجب ذلك.

(٣) في ز: أيقبض.

أحدهما: يَنْصَرِفُ؛ لأنه تَبَرَّأَ من المُدَّعى، وينتزع الحاكم المَالَ من يَدِهِ. فإن أقام المُدَّعِي بَيِّنَةً على الاسْتِحْقَاقِ فذاك، وإلا حفظه إلى أن يظهر مالكه.

وأصحهما: أنها لا تَنْصَرِفُ، ولا يُنْتَزَعُ المَالُ من يده؛ لأن الظَّاهِرَ أن ما في يده مِلْكُهُ، وما صَدَرَ عنه ليس بِمُزِيلٍ، ولم يظهر لغيره اسْتِحْقَاقاً، وعلى هذا؛ فإن أَقَرَّ بعد ذلك لِمُعَيَّنٍ قُبِلَ، وانْصَرَفَتِ الخُصُومَةُ إلى ذلك المُعَيَّنِ، وإلا فيقيم[١] المدعي البَيِّنَةَ عليه، أو يحلفه، وهل يمكن من أن يعود فيه لنفسه؟ ذكروا فيه وجهين[٢].

وفي المسألة وَجهٌ ثالث، وهو أنه يُسَلِّمُ المَال إلى المُدَّعِي؛ لأنه لا مُزَاحِمَ له في دَعْوَاهُ.

ولو قال في الجواب: نِصْفُهُ لي، والنِّصْفُ الآخر لا أدري لمن هو؟ ففي النصف الآخر الوجوه الثلاثة.

الحالة الثالثة: إذا أَضَافَهُ إلى مَعْلُومٍ، فالمُضَافُ إليه ضَرْبَانِ:

أحدهما: من يمتنع مُخَاصَمَتُهُ وتحليفه؛ كما إذا قال: هو وَقْفٌ على الفُقَرَاءِ، أو على مَسْجِدِ كذا، أو على ابني الطِّفْلِ، أو هو مِلْكٌ له، فالجَوَابُ في الكتاب: أن الخُصُومَةَ تَنْصَرِفُ عنه، ولا سَبِيلَ إلى تَحْلِيفِ الوَلِيِّ، ولا طِفْلِهِ، ولا يغني إلا البَيِّنة.

وكذلك ذكر الشيخ أبو الفَرَجِ، وقال: إذا قضى القَاضِي له بالبَيِّنَةِ، كتب صورة الحال في السِّجِلِّ، ليكون الطِّفْلُ على حُجَّتِهِ إذا بلغ.

وقال في «التهذيب»: لو قال في الجواب: إنه لابْني الطِّفْلِ، أو وَقْفٌ عليه، فلا تَسْقُطُ الدَّعْوَى بهذا، فإن أقام بَيِّنَةً أخذها، وإلا حَلَفَ المُدَّعَى عليه؛ أنه لا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهَا إليه، إذا كان هو قَيِّمُ الطفل[٣].

والضرب الثاني: مَنْ لا يمتنع مُخَاصَمَتُهُ، وتَحْلِيفُهُ، كما إذا أَضَافَ إلى شخص مُعَيّنٍ، فهو إما حَاضِرٌ في البلد، أو غَائِبٌ عنه.

القسم الأول: الحَاضِرُ في البلد فَيُرَاجَعُ، فإن صدق المدعى عليه، انصرفت الخُصُومَةُ عنه إلى المُقِرِّ له، وإن كذّبه، ففيه ثلاثة أوجه على ما سبق ذِكْرُهَا في الإقرار.

ففي وجه: يُتْرَكُ في يد المُدَّعَى عليه، وفي وجه ـ ينتزع[٤] ويُحْفَظُ، إلى أن يظهر

---

(١) في ز: فيضم.

(٢) لم يرجح المصنف منهما شيئاً.
قال في الخادم: قال في الانتصار إنه تقبل منه دعواه لنفسه على أصح الوجهين.

(٣) قال النووي: اختار في «المحرر» قول البغوي.

(٤) في أ: ينزع.

مَالِكُهُ، ويُحْكَى هذا عن ابن سُرَيْجٍ.

وفي وجه: يُسَلَّمُ للمدعى، لأنه لا مُنَازِعَ له، ويُحْكَى هذا عن أبي إِسْحَاقَ. وفي «الشامل» وجه: أنه يقال للمدعى [عليه][1]. من أقررت له كذبك؛ فإما أن تَدَّعِيَهُ لنفسك، فتكون الخَصْمَ، أو لمن يصدقك، فيكون هو الخَصْمَ. فإن امتنعت، جَعَلْنَاكَ نَاكِلاً، وحلفنا المُدَّعِي.

وأما لفظ الكتاب، فقوله: «انصرفت الخصومة عنه».

وقوله: «ولا وليه»، يمكن إِعْلاَمُهَا بالواو، لما نَقَلْنَاهُ عن «التهذيب».

وقوله: «وهو لفلان فيحضر»[2] أي: في البلد.

وقوله: «ولو كذبه، فالصحيح «إلى آخره».

الوجه الأول: وهو أن القاضي يأخذه؛ لِيَتَبَيَّنَ مُسْتَحِقُّهُ.

والثالث: وهو أن يُتْرَكَ في يَدِهِ، قد ذكرهما في باب الإِقْرَارِ، وإذا كذب المقر، ولم يُرَجَّحْ وَاحِدٌ منهما هناك، وها هنا رُجِّحَ وَجهُ الانتزاع والحفظ، وكذلك فعل صاحب «التهذيب» و«التتمة»، والأَكْثَرُونَ على ترجيح التَّرْكِ في يَدِ المُقِرِّ على ما بَيَّنَّا هناك.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَضَافَ إِلَى غَائِبٍ فَفِي انْصِرَافِ الخُصُومَةِ عَنْهُ وَجْهَان، فَإِنْ قُلْنَا: يَنْصَرِفُ يُعْرَضُ عَلَيْهِ اليَمِينُ حَتَّى يَسْتَفِيدَ المُدَّعِي بِنُكُولِهِ اليَمِينَ وَانْتِزَاعَ الشَّيْءِ مِنْ يَدِهِ أَوْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ وَيَأْخُذَ ثَمَنَهُ، ثُمَّ الغَائِبُ إِنْ رَجَعَ كَانَ هُوَ صَاحِبَ اليَدِ فَيَسْتَأْنِفُ الخُصُومَةَ، وَإِنْ قُلْنَا: يَنْصَرِفُ عَنْهُ فَلَوْ كَانَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ فَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى الغَائِبِ فَيَحْتَاجُ إِلَى يَمِينٍ مَعَهُ، فَلَوْ كَانَ لِصَاحِبِ اليَدِ بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهُ لِلغَائِبِ سُمِعَتْ إِنْ أَثْبَتَ وَكَالَةَ نَفْسِهِ وَقُدِّمَتْ عَلَى بَيِّنَةِ المُدَّعِي، فَإِنْ لَمْ يُثْبِتِ الوَكَالَةَ فَهَلْ يُسْمَعُ إِنْ قُلْنَا إِنَّ للمُدَّعِي تَحْلِيفَهُ رَجَاءَ أَنْ يُقِرَّ لَهُ فَيُغْرَمَ بِالحَيْلُولَةِ فَلَهُ غَرَضٌ فِي إِقَامَةِ البَيِّنَةِ لِيَصْرِفَ هَذِهِ اليَمِينَ عَنْ نَفْسِهِ فَفِيهِ وَجهَانِ، أَظْهَرُهُمَا أَنَّهُ لاَ يُسْمَعُ إِذْ لَيسَ بِمَالِكٍ وَلاَ وَكِيلٍ، فَإِنِ ادَّعَى لِنَفْسِهِ عُلْقَةَ رَهْنٍ أَوْ إِجَارَةٍ فَوَجْهَانِ وَأَوْلَى بِأَنْ يُسْمَعَ، فَإِنْ سُمِعَتْ لِصَرْفِ اليَمِينِ عَنْهُ فَبَيِّنَةُ المُدَّعِي فِي الحَالِ مُقَدَّمَةٌ، فَإِنْ رَجَعَ الغَائِبُ وَأَعَادَ البَيِّنَةَ قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ، وَإِنْ سَمِعْنَا لِعُلْقَةِ الإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ فَأَيُّ البَيِّنَتَيْنِ يُقَدَّمُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القسم الثاني ـ الغائب:

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: وهو حاضر فحضر.

فإذا أَضَاف المُدّعى إلى غَائِبٍ، ففي انْصِرَافِ الخُصُومَةِ عنه فيه وجهان: المذكور في «التهذيب»، و«الرقم»، وظاهر لفظ «المختصر»: لا يَنْصَرِفُ؛ لأن المِلْكَ في يَدِهِ، والظاهر أنه له، فلا يُمَكَّنُ من صَرْفِ الخُصُومَةِ عن نفسه [بالإضافة][1] إلى غَائِبٍ، قد يرجع، وقد لا يرجع [ويخالف][2] ما إذا أَضَافَ إلى صَبِيٍّ أو مَجْنُونٍ، فإن هناك يمكن مُخَاصَمَةُ وَلِيِّهِ.

وأظهرهما، وهو جَوَابُ أكثرهم: أنها تَنْصَرِفُ؛ لأن المَالَ بِظَاهِرِ الإقرار لغيره.

ألا ترى أن الغَائِبَ إذا عاد وصَدَّقَهُ، أَخَذَهُ، وإذا كان لغيره، وَجَبَ أن تكون الخُصُومَةُ معه، ثم عن أبي عَاصِمٍ العَبَّادِيِّ: أن الوجهين فيما إذا قَال: إنه لفلان، وَهُوَ في يَدِي بِإِجَارَةٍ، أو إِعَارَةٍ، أو وَدِيعَةٍ، أو غيرها، فأما إذا اقْتَصَرَ على أنه ليس لي، وإنما هو لفلان، ولم تذكر ليده جِهَة، لم تَنْصَرِفِ الخُصُومَةُ عنه بِحَالٍ، والجمهور لم يُفَرِّقُوا بين الحالتين.

التفريع: إن قلنا: لا تَنْصَرِفُ الخُصُومَةُ عنه، نظر: إن لم يكن لِلْمُدَّعي بَيِّنَةٌ، فله تَحْلِيفُ المُدَّعَى عليه، على أنه لا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهُ إليه، فإن نَكَلَ، حلف المدعى، وأخذ المَالَ من يَدِهِ، ثم إذا عاد الغَائِبُ، وصدق المقر، فيُردُّ المال عليه بلا حُجَّةٍ؛ لأن اليَدَ له بإقرار[3] صاحب اليَدِ، والمدعى يَسْتَأْنِفُ الخُصُومَةَ معه، وإن أقام المُدَّعِي بَيِّنَةً على الحاضر، أخذ المَالَ أيضاً، ثم هو قَضَاءٌ على الحاضر، الذي تجري الخُصُومَةُ معه، أو على الغَائِبِ؛ لأن المَالَ له بِمُوجَبِ الإِقْرَارِ؟

فيه وجهان نَقَلَهُمَا صاحب «التهذيب» وغيره، المستمر[4] منهما على الوَجْهِ الذي عليه، يُفَرَّعُ أنه قَضَاءٌ على الحاضر، حتى لا يَحْتَاجُ المدعى مع البَيِّنَةِ إلى اليَمِينِ، ويكتب القاضي في السِّجِلِّ، أنه قَضَى له بالبَيِّنَةِ، بعدما أَقَرَّ المُدَّعَى عَلَيْهِ، أنه لفلان الغَائِبِ؛ ليكون الغَائِبُ على حُجَّتِهِ فإذا عاد، وأَقَامَ البَيِّنَةَ فيقضي[5] له لترجح جانبه باليد، وإن لم يُقِمْ، أُقِرَّ المَالُ في يد المُدَّعِي، فإن الْتَمَسَ من القَاضِي، أن يزيد[6] في التَّسْجِيلِ، أن الغَائِبَ قد قَدِمَ، ولم يأت بِبَيِّنَةٍ، أجابه إليه.

وإن قلنا: تَنْصَرِفُ الخُصُومَةُ عنه، فإن لم يكن لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ، فيوقف الأَمْرُ إلى أن يحضر الغَائِبُ. وإن كانت له بَيِّنَةٌ، فيقضي له بالمَالِ. وهذا قَضَاءٌ على الغائب، أو على الحاضر الذي تَجْرِي الخُصُومَةُ معه.

---

(١) سقط في: أ.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في أ: فإقرار.
(٤) في ز: المسمى منها.
(٥) في ز: فيقتضي.
(٦) في ز: يؤيد.

ذكر العراقيون وغيرهم فيه وجهين:

أحدهما: أنه قَضَاءٌ على الغائب، فيحتاج معه إلى اليَمِينِ.

وثانيهما: أنه قَضَاءٌ على الحاضر، فلا حَاجَةَ إلى اليَمِينِ، وبه قال أبو إِسْحَاقَ، ورَجَّحَ العراقيون والروياني هذا الوَجْهَ، لكن الأول أَقْوَى، وأَلْيَقُ بالوجه المُفَرَّعِ عليه، وهو المَذْكُورُ في الكتاب؛ واخْتِيَارُ الإمام وهذا كله، فيما إذا لم يُقِمِ المُدَّعَى [عليه][1] بَيِّنَةً، على أن المَالَ لِلْغَائِبِ، [فإن أقام عليه بَيِّنَةً، نظر: إن ادَّعَىٰ أنه وَكِيلٌ من جِهَةِ الغائب، وأَثْبَتَ الوِكَالَةَ، فَبَيِّنَتُهُ على أن المَالَ لِلْغَائِبِ][2] مَسْمُوعَةٌ، وهي حُجَّةٌ على بَيِّنَةِ المدعى. وإن لم يثبت الوِكَالَةُ، فقد[3] حَكَى الإِمَامُ في سَماع بَيِّنَتِهِ ثلاثة أوجه:

أحدها: وبه قال الشيخ أبو محمد: أنها لا تُسْمَعُ؛ لأنه ليس بِمَالِكٍ، ولا نَائِبٌ عنه، وإِقَامَةُ البينة فُضُولٌ منه. فعلى هذا الحُكْمُ، كما لو لم يُقِمْ بَيِّنَةً.

والثاني: أنها مَسْمُوعَةٌ لدفع التُّهْمَة عنه بالاحتيال[4] في الإِضَافَةِ إلى الغائب.

والثالث: إن اقْتَصَرَتِ البَيِّنَةُ على أنه لفلان الغَائِبِ، لم تُسْمَعْ، وإن تَعَرَّضَتْ مع ذلك لكونه في يَدِ المُدَّعَى عليه، بعارية، أو غيرها، من الجِهَاتِ، سُمِعَتْ.

وهكذا نقل الوجوه صاحب الكتاب في «الوسيط»، وبنى ها هنا سماع البَيِّنَةِ على أن المُدَّعِي، هل يحلفه؟

إذا قلنا: بانصراف الخُصُومَةِ عنه، لِيُغَرِّمَهُ القِيمَةَ، إن أَقَرَّ له، على ما سنذكره إِثْرَ هذا الفَصْلِ وفيه خلاف. إن قلنا: لا نُغَرِّمُهُ، فلا يحلفه، ولا تُسْمَعُ البَيِّنَةُ، وإن حكمنا بالتَّغْرِيمِ، والتحليف، ففي سَمَاعِ البَيِّنَةِ وجهان:

أظهرهما: على ما ذكره: المنع؛ لأنه ليس بِمَالِكٍ، ولا وَكِيلٍ.

ووجه الثاني: أنه يستفيد بالبَيِّنَةِ صَرْفَ اليمين عن نَفْسِهِ.

قال الإمام وصاحب الكتاب: وإذا قلنا: لا تُسْمَعُ البَيِّنَةُ المُقَامَةُ على أن المَالَ لفلان، فلو ادَّعَىٰ لِنَفْسِهِ فيه حَقّاً لازِماً، كَرَهْنٍ، وإِجَارَةٍ، وتعرضت البَيِّنَةُ لذلك أيضاً، ففي السَّمَاعِ وجهان؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِ به.

وإذا سمعنا [بَيِّنَتَهُ][5] تصرف اليَمِين عنه، فنحكم لِلْمُدَّعِي بِبَيِّنَتِهِ.

---

(١) سقط في: أ.
(٢) سقط في: أ.
(٣) في ز: ففي.
(٤) في ز: بالإحبال.
(٥) سقط في: ز.

فإن رجع الغائب، وأعاد البَيِّنَةَ، قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ. وإذا سمعناها لِعُلْقَةِ الرَّهْنِ، والإجارة، فَتُقَدَّمُ هذه البَيِّنَةُ، أو بينة المدعى؟

فيه وجهان: قال في الوسيط. أظهرهما: تقديم بَيِّنَةِ المدعى، وتَصِيرُ فائدة بَيِّنَتِهِ صَرْفَ اليمين عنه. هذا ما ذكراه، والذي فَهِمْتُهُ من كلام الأصحاب، وينبغي أن يفتي[١] بموجبه؛ أن المدعى، وقد أَضَافَ المدعى عليه المَالَ إلى الغائب، خصومة معه، وأخرى مع الغائب.

فإذا أَقَامَ البَيِّنَةَ انصرفت الخُصُومَةُ عنه، لا مَحَالَةَ، ولا يجيء فيه الوَجْهَانِ المذكوران، فيما إذا اقْتَصَرَ على الإِقْرَارِ للغائب، فَتُسْمَعُ البَيِّنَةُ التي يَضُمُّهَا في حَقِّهِ، ليصرف الخصومة عنه، لدفع التُّهْمَةِ [عنه][٢] أيضاً، ولِدَفْعِ اليَمِينِ أيضاً.

إذا قلنا: إن المُدَّعِي يُتَمَكَّنُ من تحليفه، وبنوا[٣] على انْصِرَافِ الخُصُومَةِ عنه، أن المدعي لو أقام البَيِّنَةَ، والحَالَةُ هذه، فَلاَ بُدَّ له من اليَمِينِ، والقَضَاءُ قَضَاءٌ على الغائب وَجْهاً واحداً.

وأما بالإضافة إلى الغائب، فهي غير مَسْمُوعَةٍ، حتى لا يُحْكَمَ للغائب بالمِلْكِ، بالبَيِّنَةِ التي يَضُمُّهَا الحَاضِرُ، على أنه للغائب. فإن تَعَرَّضَ الشهود مع ذلك لِكَوْنِهِ في رَهْنِ الحاضر، أو إِجَارَتِهِ، فيه وجهان عن أبي إِسْحَاقَ: أن من الأَصْحَابِ من قال: تُسْمَعُ هذه البَيِّنَةُ للغائب أيضاً؛ لأن الحَاضِرَ يَدَّعِي لنفسه حَقّاً، ويقيم البَيِّنَةَ عليه، فَلاَ بُدَّ من إِثْبَاتِهِ، ولا يَثْبُتُ حَقُّهُ إلا بِثُبُوتِ مِلْكِ الغائب.

وعلى هذا فَتَرَجَّحُ بَيِّنَتُهُ على بَيِّنَةِ المدعي، لتقويمها باليَدِ.

والثاني: أنه لا يَتَمَكَّنُ من إِثْبَاتِ المِلْكِ للغائب مَقْصُوداً ولا يَتَمَكَّنُ منه في ضِمْنِ إثبات الحَقِّ لنفسه. وعلى هذا فالعَمَلُ بِبَيِّنَةِ المدعي. والناقلون رَجَّحُوا الوَجْهَ الثاني، ولا بَأْسَ بالأول، وبِتَوْجِيهِهِ. وقوله في الكتاب: «وإن قلنا ينصرف عنه» يجوز أن يُعَلَّمَ لَفْظُ الانصراف بالحاء؛ لأنه يُحْكَى عن أبي حَنِيفَةَ أنها لا تَنْصَرِفُ.

وقوله: «فهو قضاء على الغائب». وقوله: «فيحتاج إلى يمين معه» مُعَلَّمَانِ بالواو لما بَيَّنَّاهُ. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَحَيْثُ تَنْصَرِفُ الخُصُومَةُ عَنْهُ فَلِلْمُدَّعِي تَحْلِيفُهُ بِنَاءً عَلَى الأَصَحِّ فَإِنَّهُ لَوْ أَقَرَّ الثَّانِي غَرِمَ لَهُ القِيمَةَ.

---

(١) في ز: يغني.
(٢) سقط في: أ.
(٣) في ز: وسواء.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إن حَكَمْنَا بانْصِرَافِ الخُصُومَةِ عن المُدَّعَىٰ عليه، إما بِإِقْرَارِهِ لحَاضِرٍ، أو بإقراره لِغَائِبٍ، أو مَجْهُول على أحد الوجهين، فهل للمدعي تَحْلِيفُهُ؟

وفيه قولان مبنيان[1] على أنه لو أَقَرَّ له بعدما أَقَرَّ لغيره، هل يُغَرَّمُ القِيمَةَ؟ وفيه خلاف مَشْرُوحٌ في موضعه. إن قلنا: نعم، يحلفه؛ فلعله يُقِرُّ، فَيُغَرِّمُهُ القِيمَةَ.

وإن قلنا: لا، فإن قلنا: النُّكُولُ، ورَدُّ اليمين، كالإقْرَار، فلا يُحَلِّفُهُ؛ لأنه وإن أقر، أو نَكَلَ، وحلف المدعي ـ لم يَسْتَفِدْ شيئاً. وإن قلنا: كالبينة، فله التَّحْلِيفُ؛ لأنه قد يَنْكُلُ، فيحلف المدعي، وإذا حلف، أخذ القِيمَةَ، وكأن العَيْنَ تَالِفَةٌ.

وفيما علق عن الإمام وجه: أنه يسترد العين من[2] المقر له، وَفَاءً بِتَنْزِيلِهِ مَنْزِلَةَ البينة. وإذا قلنا بوجوب القِيمَةِ، وأخذها بِإِقْرَارِ المُدَّعَى عَلَيْهِ ثانياً، أو بِيَمِينِ المُدَّعِي بعد نُكُولِهِ، ثم سُلِّمَتْ له العَيْنُ بالبَيِّنَةِ، أو بيمينه بعد نُكُولِ المُقِرِّ له، فعليه رَدُّ القيمة؛ لأنه إنما أخذ القِيمَةَ، لِلْحَيْلُولَةِ وقد زَالَتْ.

فروع:

ادَّعَى أن هذه الدَّارَ وَقْفٌ عَلَيَّ، وقال مَنْ في يَدِهِ: هي مِلْكٌ لفلان، وصَدَّقَهُ فلان، وانتقلت الخُصُومَةُ إليه. قال في «التهذيب»[3]: ليس له طَلَبُ القِيمَةِ من المُقِرِّ؛ لأنه يَدَّعِي الوَقْفَ، ولا يُعْتَاضُ عن الوَقْفِ، وكان لا يبعد طَلَبُ القيمة؛ لأن الوَقْفَ مَضْمُونٌ عند الإِتْلاَفِ، والحَيْلُولَةُ في الحال كالإِتْلاَفِ.

ولو رجع الغَائِبُ، وكذب المُدَّعَى عليه في إِقْرَارِهِ، فالحكم كما ذكرنا، فيما إذا أَضَافَ إلى حَاضِرٍ وكذبه. ولو أقام المُقِرُّ له الحاضر، أو الغائب بعد رجوعه، البَيِّنَةَ على المِلْكِ، لم يكن للمدعي تَحْلِيفُ المقر لِيُغَرِّمَهُ. فإن المِلْكَ اسْتَقَرَّ بالبينة، وخرج بالإقرار[4] عن أن يكون لِلْحَيْلُولَةِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الرَّابِعَةُ إِذَا خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقّاً فَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَى البَائِعِ بِالثَّمَنِ، فَإِنْ صَرَّحَ فِي نِزَاعِ المُدَّعِي بِأَنَّهُ كَانَ مِلْكَ البَائِعِ فَفِي الرُّجُوعِ وَجْهَانِ أَصَحُّهُمَا أَنَّهُ يَرْجِعُ، وَلَوْ أَخَذَ جَارِيَةً بِحُجَّةٍ فَأَحْبَلَهَا ثُمَّ كَذَّبَ نَفْسَهُ فَالوَلَدُ حُرٌّ وَالجَارِيَةُ مُسْتَوْلَدَةٌ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا لِلْمُقِرِّ**

---

(١) في أ: بناء. (٢) في ز: في.

(٣) هذا الذي نقله عن البغوي قال القاضي الحسين لا خلاف فيه لكنه صور المسألة بما إذا قال المدعي وهي وقف علي ثم قال المدعى عليه هي وقف علي فقال: لا خلاف أنه ليس للمدعي طلب تحليفه لأجل التغريم لأنه إنما يحلف على ما يدعيه أنه فوت عليه وها هنا قيمة الدار لو أخذها لا تقوم مقام الوقفية قال: لكن له أن يجيء كل شهر ويدعي عليه أجرة ذلك.

(٤) في ز: الإقرار.

لَهُ مَعَ المَهرِ، وَقِيلَ: إنَّ الجَارِيَةَ لِلمُقِرِّ لَهُ إنْ أَقَرَّتْ بِصِدْقِهِ فِي الرُّجُوعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا اشْتَرَى ثَوْبَاً، أو عَبْداً من إِنْسَانٍ، فجاء آخر، وادَّعَىٰ أنه له، نظر: إن سَاعَدَهُ المُشْتَرِي، وأَقَرَّ له بما ادَّعَاهُ، لم يكن له أن يَرْجِعَ بالثمن على بَائِعِهِ؛ لأن إِقْرَارَهُ لا يلزم البائع عرفاً، ولا ينهض حُجَّةً عليه. وإن اسْتُحْلِفَ، فَنَكَلَ، وحلف المُدَّعِي، وأخذ المَالَ، قال الشيخ أبو عَلِيٍّ: ليس له الرُّجُوعُ بالثَّمَنِ أيضاً، وَجْهاً واحداً، لِتَقْصِيرِهِ بالنُّكُولِ، وحلف المدعي بعد نُكُولِهِ قائم مَقَامَ إقراره.

ويجوز أن يفرض في هذا الخلاف[(١)] بِنَاءً على أنه كالبَيِّنَةِ[(٢)].

وإن أَثْبَتَ المدعي الاسْتِحْقَاقَ بالبينة، وأخذ المال، فَيُنْظَرُ: إن لم يُصَرِّح في مُنَازَعَةِ المدعي، بأنه كان مِلْكاً لبائعي، ولا بأنه مِلْكٌ لي، بأن سَكَتَ، فأقيمت البَيِّنَةُ عليه، فله الرجوع بالثَّمَنِ لا مَحَالَةَ، وإن صَرَّحَ بذلك فوجهان:

أحدهما: لا يرجع؛ لأن المُدَّعِي ظَالِمٌ باعترافه، والبائع غير مُقَصِّرٍ، فلا يظلمه المشتري، بأن ظَلَمَهُ.

وأصحهما: الرُّجُوعُ مَهْمَا قال ذلك على رَسْمِ الخُصُومَةِ، واعتمدت[(٣)] ظاهر اليد، ثم تَبَيَّنَ خِلاَفُ ذلك الظاهر بالبَيِّنَةِ، ويجري الوَجْهَانِ فيما إذا قال في الابْتِدَاءِ، يعني هذا العَبْد، فإنه مِلْكُكَ.

ثم قامت البَيِّنَةُ على الاستحقاق ولا يَجْرِيَانِ فيما إذا كان المَوْجُودُ مُجَرَّدَ الشراء [وإن كان الشراء][(٤)] إقراراً للبائع بالملك.

وفَرَّقُوا بأن ذلك إِقْرَارٌ، تضمنه الشِّرَاءُ، فيبطل بِبُطْلاَنِ المُبَايَعَةِ، والإِقْرَارُ المستقل بخلافه.

ومن اشْتَرَى عَبْداً في الظَّاهِرِ، فقال: أنا حُرُّ الأصل، فقد [مرَّ أن][(٥)] القول قوله، وأن على المشتري إِقَامَةَ البَيِّنَةِ على رِقِّهِ، أو على إِقْرَارِهِ بالرق له، أو الذي باعه[(٦)] منه.

فإذا حلف، حُكِمَ في الظاهر بِحُرِّيَّتِهِ، ثم أَطْلَقَ ابن الحَدَّادِ، أنه لا يرجع المُشْتَرِي على البَائِعِ بالثمن.

---

(١) في ز: اختلاف.

(٢) قال النووي: هذا ضعيف أو باطل، لأن المذهب أنه إنما يكون كالبينة في حق المتنازعين دون غيرهما، وكذا نقل الشيخ أبو علي تحرير المذهب الاتفاق على عدم الرجوع.

(٣) في ز: واعتهدت.

(٤) سقط في: ز.

(٥) سقط في: ز.

(٦) في أ: أباعه.

وفَصَّلَ أكثرهم فقالوا: إن لم يُصَرِّحْ في مُنَازَعَتِهِ، بأنه رَقِيقٌ، فيرجع. كما لو أقام بَيِّنَةً على الحُرِّيَّةِ، لأنه لم يوجد[١] منه ما يبطل الرُّجُوع، وإن صَرَّحَ بذاك، فعلى الوَجْهَيْنِ. وقَطَعَ الشيخ أبو عَلِيٍّ: بأنه لا يرجع، وفَرَّقَ بينها وبين البَيِّنَةِ، لقوة البينة.

فروع:

مَنْقُولَةٌ عن كلام القاضي أبي سَعْدٍ الهَرَوِيِّ:

إذا أَقَرَّ المُشْتَرِي للمدعي بالمِلْكِ، ثم أراد إِقَامَةَ البَيِّنَةِ على أنه للمدعي، ليرجع بالثَّمَنِ على البائع، لم يُمَكَّنْ؛ لأنه [لم][٢] يثبت المِلْك لغيره، من غير نِيَابَةٍ، ولا وِكَالَةٍ. كيف والمدعي لو أَرَادَ إِقَامَةَ البَيِّنَةِ ـ والحالة هذه ـ لم يُلْتَفَتْ إليه؛ لاسْتِغْنَائِهِ عن البَيِّنَةِ بالإِقْرَارِ.

ويجوز له تَحْلِيفُ البائع؛ لأنه ربما يُقِرُّ فيرجع، فإن نَكَلَ، فهل يَحْلِفُ المشتري يَمِينَ الرد؟ إن قلنا: النُّكُولُ واليمين كالإِقْرَارِ، فنعم. وإن قلنا: كَالبَيِّنَةِ، فلا.

المسترق المشتري، إذا ادَّعَى أنه حُرُّ الأصل، واعْتَرَفَ به المُشْتَرِي، ثم أراد إِقَامَةَ البَيِّنَةِ على أنه حُرُّ الأَصْلِ، مُكِّنَ؛ لأن الحُرِّيَّةِ حَقُّ الله [تعالى][٣]، ولكل أحد إِثْبَاتُهَا.

وإذا ثَبَتَتِ الحُرِّيَّةُ، ثبت الرُّجُوعُ، ولا يكفي للرجوع إِقَامَةُ البَيِّنَةِ على مُطْلَقِ الحُرِّيَّةِ، لاحْتِمَالِ أن المُشْتَرِي هو الذي أَعْتَقَهُ، ولو أقام المُشْتَرِي بعدما أَقَرَّ المدعي البَيِّنَةَ على إِقْرَارِ البائع بالمال للمدعي؛ فهي مَقْبُولَةٌ، ويثبت بها حَقُّ الرجوع؛ لأنه لما تَبَيَّنَ إِقْرَارُ البَائِعِ من قبل، لُغِيَ إِقْرَارُ المشتري.

هكذا ذكره الشَّيْخُ أبو عَاصِم. قال أبو سَعْدٍ: وهو الظَّاهِرُ وغيره مُحْتَمَلٌ، لأن إِقْرَارَهُ في الابتداء تَقْصِيرٌ، ولو أقام مُدَّعِي الاسْتِحْقَاقِ البَيِّنَةَ، وأخذ المال، ثم قَامَتْ بينة[٤] على أن البَائِعَ، كان قد اشْتَرَاهَا من هذا المُدَّعِي، سُمِعَتْ، ورُدَّ الحُكْمُ الأَوَّلُ، وكانت الجَارِيَةُ للمشتري بالمُبَايَعَةِ السَّابقة. هذا هو الكلام في إِحْدَى صُورَتَي الفَصْلِ.

والثانية: جَارِيَةٌ في يَد رَجُلٍ ادَّعَىٰ مُدَّعٍ أنها له، وأنكر صَاحِبُ اليد، فأقام المدعي البَيِّنَةَ، أو حَلَفَ بعد نُكُولِ صَاحِبِهِ، فَحُكِمَ له بها، فأخذها وعاد بعدما غَشِيَهَا، فقال: كَذَبْتُ في دَعْوَايَ، ويميني، والجَارِيَةُ للذي كانت في يَدِهِ، فعليه أن يَرُدَّهَا، ويُغَرَّمَ مَهْرَهَا، وأَرْشَ النَّقْصِ إن حَدَثَ فيها نَقْصٌ، ولا يُقْبَل قوله: إنها كانت زَانِيَةً؛ لأنها تنكر ما يقول.

---

(١) في ز: يؤخذ.
(٢) سقط في: ز.
(٣) سقط في: أ.
(٤) في ز: منه.

وإن أَوْلَدَهَا، ثم كَذَّبَ نَفْسَهُ، لم يُقْبَلْ قوله في إبْطَالِ حرية[1] الولد، وفي الاسْتِيلاَدِ؛ لأن إقْرَارَهُ لا يلزم غيره، ولكن عليه قيمة[2] الوَلَدِ والأم مع المَهْرِ، وليس له وَطْؤُهَا بعد ذلك، إلا أن يَشْتَرِيَهَا منه، وتُعْتَقُ بموته، وَوَلاَؤُهَا مَوْقُوفٌ. وإن وَافَقَتْهُ الجَارِيَةُ في الرجوع، ففي بطلان الاسْتِيلاَدِ وجهان:

أظهرهما: المنع، ولا يَرْتَفِعُ الاسْتِيلاَدُ المَحْكُومُ به برجوع محتمل.

والثاني: يبطل؛ لأنهم تَوَافَقُوا عليه، والحَقُّ لا يَعْدُوهُمْ، ولو أن صاحب اليد أَنْكَرَ، وحلف، وأَوْلَدَ الجَارِيَةَ، ثم عاد وقال: كنت مُبْطِلاً في الإِنْكَارِ، والجَارِيَةُ للمدَّعِي، فالكَلاَمُ في المَهْرِ، وقيمة الوَلَدِ، والجارية، والاستِيلاَدِ، على ما ذكر في طَرَفِ المدعي.

وقوله في الكتاب: «فلو صُرِّح في نِزاعِ المُدَّعِي بأنه كان مِلْكاً لِلْبَائِعِ، ففي الرجوع وجهان»؛ الوَجْهَانِ لا يَخْتَصَّانِ بما إذا قال: كان مِلْكاً للبائع، بل يَجْرِيَانِ فيما إذا قال: هو مِلْكِي، ولا فَرْقَ بينهما، على ما بَيَّنَّاهُ.

وقوله: «ولو أخذ جَارِيَةً بِحُجَّةٍ»، أطلق لفظ الحُجَّةِ، لِيَنْتَظِمَ ما إذا أخذَ بالبينة. وفيه صُوَرٌ في «الوسيط»، وما إذا أُخِذَ باليَمِينِ بعد النُّكُولِ، وفيه صُوَر ابن الحَدَّادِ وأكثر من تَكَلَّمَ في المسألة.

واعلم: أن الصُّورَةَ الثانية، لا اخْتِصَاصَ لها بالرُّكْنِ الذي فيه الكَلاَمُ، وهو جَوَابُ المُدَّعَىٰ عليه، وكذا الصورة الأُولَى، إلا من جِهَةِ أنه فرض التصريح، بكونه لِلْبَائِعِ في جواب المدعي، والنِّزَاعُ معه، لكن عرفت أنه لا فَرْقَ بين أن يكون هذا التَّصْرِيحُ في جواب المُدَّعِي؛ أو في ابْتِدَاءِ الشِّرَاءِ. والوجهان جَارِيَانِ في الحالتين. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الخَامِسَةُ: جَوَابُ دَعْوَى القِصَاصِ عَلَى العَبْدِ يُطْلَبُ مِنَ العَبْدِ، وَدَعْوَىٰ الأَرْشِ يُطْلَبُ جَوَابُهَا مِنَ السَّيِّدِ وَلَكِنْ لَهُ تَحْلِيفُ العَبْدِ لِيَتَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ إنْ قُلْنَا: يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ وَسَمِعْنَا الدَّعْوَىٰ بِالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ أَيْضاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ما يقبل إقرار العَبْدِ فيه؛ كالقِصَاصِ، وحَدِّ القَذْفِ، فالدَّعْوَىٰ فيه تكون على العَبْدِ، والجواب يكون منه، وما لا يُقْبَلُ إقْرَارُهُ فيه؛ وهو الأَرْشُ، وضَمَانُ الأَمْوَالِ، فَلِتَوَجُّهِ الدعوى فيها على السَّيِّدِ، فإن الرَّقَبَةَ التي هي مُتَعَلَّقُهَا، حَقُّ السيد، فإن وجهت الدعوى على العَبْدِ، فَمَفْهُومُ ما نقل الأَئِمَّةُ ـ رحمهم الله ـ فيه طَرِيقَانِ:

أحدهما: وهو الذي يَشْتَمِلُ عليه الكتاب ـ المَنْعُ؛ لأن إقْرَارَهُ بها غير مقبول.

---

(١) في ز: حرمة.
(٢) في ز: قيمته.

نعم، هل للمدعي تَحْلِيفُهُ؟ يُبْنَىٰ ذلك على أن الأُرُوشَ[(١)] المتعلقة بالرَّقَبَةِ، هل يَتَعَلَّقُ بالذِّمَّةِ أيضاً؟ وفيه قولان مَذْكُورَانِ في موضعهما.

فإن قلنا: يَتَعَلَّقُ، فلا طلبة، ولا إِلْزَامَ في الحال، وإنما هو شَيْءٌ يتوقع[(٢)] من بعد فيكون كالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ، ويجيء الخِلاَفُ الذي مَرَّ في سَمَاعِ الدَّعْوَى، بالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ، فإن سَمِعْنَاهَا، فله تَحْلِيفُ العَبْدِ، فإن نَكَلَ وحَلَفَ المدعى اليَمِينَ المَرْدُودَةَ، لم يكن التعلق[(٣)] بالرَّقَبَةِ، لأن اليَمِينَ المَرْدُودَةَ، وإن جُعِلَتْ كالبَيِّنَةِ، فلا تُؤَثِّرُ إلا في حَقِّ المُتَدَاعِيَيْنِ، والرَّقَبَةُ حق السَّيِّدِ، وفيه وجه: أن له التَّعَلُّقَ بالرَّقَبَةِ، إذا جعلناها كالبَيِّنَةِ. هذا ما حكاه صَاحِبُ الكتاب ههنا، وفي «الوسيط». وذكر الإمام نَحْواً منه.

والثاني: وهو المذكور في «التهذيب» في باب مُدَايَنَةِ العَبِيدِ، أن الدَّعْوَىٰ مَسْمُوعَةٌ على العَبْدِ[(٤)] إن كان للمدعي بَيِّنَةٌ، وإن لم يكن له بَيِّنَةٌ، فإن جَعَلْنَا النُّكُولَ ورَدّ اليمين كالبينة، سُمِعَتْ أيضاً. فلعله يَنْكُلُ فيحلف المدعي.

وإن قلنا: إنها كالإِقْرَارِ، فلا تُسْمَعُ. وفي[(٥)] كل واحد من الطريقين حيلة[(٦)].

أما الأول؛ فلأن قَضِيَّةَ البناء على الأَصْلَيْنِ المَذْكُورَيْنِ، أن يسمع الدَّعْوَى عليه لإِقَامَةِ البَيِّنَةِ، والتَّحْلِيفِ جميعاً، ولا يَخْتَصُّ التحليف بالنظر والكلام، وهم إنما تَكَلَّمُوا في التَّحْلِيفِ.

وأما الثاني: فلأن ظَاهِرَهُ تَعَلُّقُ الأَرْش بالرَّقَبَةِ بإقامة البَيِّنَةِ في وجه العبد، لكن الرَّقَبَةَ للسَّيِّدِ، فينبغي أن تُقَامَ البَيِّنَةُ في وجهه، أو وجه نائبه. والمتوجه أن يُقَالَ: تُسْمَعُ الدَّعْوَى [عليه][(٧)] لإِثْبَاتِ الأَرْشِ في ذِمَّتِهِ، تَفْرِيعاً على الأَصْلَيْنِ المذكورين؛ ولا تُسْمَعُ الدَّعْوَى والبَيِّنَةُ عليه، لِتَعَلُّقِهِ بالرَّقَبَةِ. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِذَا ادَّعَىٰ وَلَمْ يَحْلِفْ وَقَالَ: لِيَ بَيِّنَةٌ فَاطْلُبُوا مِنْهُ كَفِيلاً لَمْ يَلْزَمْهُ (و) ذَلِكَ وَإِنْ جَرِيَ بِهِ رَسْمُ الْقُضَاةِ، وَإِذَا أَقَامَ فَلَهُ طَلَبُ الكَفِيلِ قَبْلَ التَّعْدِيلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَن ادَّعَى على إِنْسَانٍ عَيْناً، أو دَيْناً ولم يحلفه[(٨)]، وطلب كَفِيلاً منه، ليأتي بالبَيِّنَةِ، لم يَلْزَمْهُ إِعْطَاءُ كَفِيلٍ، وإن اعتاد[(٩)] القضاة خلافه، هذا هو المَشْهُورُ.

---

(١) في ز: الأرش.
(٢) في ز: متوقع.
(٣) في أ: التعليق.
(٤) في ز: العبيد.
(٥) في ز: ومن.
(٦) في ز: حبكة.
(٧) سقط في: أ.
(٨) في ز: يحلف.
(٩) في ز: أعاد.

ورأيت لبعض المُتَأخِّرِينَ أن الأَمْرَ فيه إلى رَأْيِ الحاكم، وإن أقام شَاهِدَيْنِ، وطلب الكَفِيل إلى أن يعدلا طُولِبَ به؛ لأنه أَتَى بما عليه، والنظر في حَالِ الشُّهُودِ من وَظِيفَةِ القاضي، والظاهر العَدَالَةُ، فإن امْتَنَعَ من إعْطَاءِ الكَفِيلِ، حُبِسَ لهذا الامتناع، لا لثبوت الحق والامْتِنَاعِ منه، هكذا أَطْلَقَ الإِمَامُ وصاحب الكتاب لكن يجيء فيه الخِلاَفُ من وجوه:

أحدها: أن في أَصْلِ كَفَالَةِ البَدَنِ قَوْلاً مذكوراً في باب الضَّمَانِ، أنها لا تَصِحُّ.

والثاني: أن في فَتَاوَىٰ القَفَّالِ: أنه لا يَلْزَمُهُ أن يعطي كَفِيلاً؛ لأن الحَقَّ لم يَثْبُتْ بعد، لكن للحاكم أن يُطَالِبَهُ به، إذا أَدَّى اجْتِهَادُهُ إليه، وخاف منه الهرب.

والثالث: أنا ذكرنا في آخر الباب من الشهادات المُدَّعَىٰ إذا كان عَيْناً فَيُنْزَعُ في هذه الحالة، وإن كان دَيْناً فَيُحْبَسُ المدعى عليه على أحد الوجهين، وكل واحد من الانتزاع والحبس، فيجوز ألا يُجَابَ أيضاً لما المَكْفُولِ ببدنه من تحمل منه الكفيل، ولا يخفى أن المَسْأَلَةَ لا اخْتِصَاصَ لها بِرُكْنِ الجواب والله أعلم بالصواب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الرُّكْنُ الثَّالِثُ فِي الحَلِفِ: وَالنَّظَرُ فِي الحَلِفِ وَالحَالِفِ وَالمَحْلُوفِ عَلَيْهِ وَالحُكْم أَمَّا الحَلِفُ فَيَجْرِي فِيهِ التَّغْلِيظُ إِلاَّ فِيمَا هُوَ دُونَ نِصَابِ الزَّكَاةِ، وَلَوْ أَنْكَرَ السَّيِّد عِتْقَ عَبْدٍ خِسِيسٍ لَمْ تُغَلَّظْ يَمِينُهُ، فَإِنْ نَكَلَ غُلِّظَ عَلَى العَبْدِ لأَنَّهُ مُدَّعِي العِتْقِ، وَكُلُّ مَا لاَ يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ يَجْرِي فِي التَّغْلِيظِ، وَيَجْرِي أَيْضَاً فِي عُيُوبِ النِّسَاءِ، وَكَيْفِيَّتُهُ وَكَوْنُهُ مُسْتَحَقّاً أَوْ مُسْتَحَبّاً ذَكَرْنَاهُ فِي اللِّعَانِ، وَيُغَلَّظُ عَلَى المُخَدَّرَةِ بِحُضُورِ الجَامِعِ، وَلاَ تَذَرُ بِالتَّخَدُّرِ، وَشَرْطُ اليَمِينِ أَنْ يُطَابِقَ الإِنْكَارَ وَأَنْ يَقَعَ بَعْدَ عَرْضِ القَاضِي، فَلَوْ بَادَرَ قَبْلَ طَلَبِ القَاضِي لَمْ يُعْتَدَّ بِهِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَحَدُ الأَرْكَانِ التي تَدُورُ عليها الخُصُومَاتُ الشرعية، [اليمين][1] على ما مَرَّ، وقد تَكَلَّمَ في هذا الرُّكْنِ في أربعة أَطْرَافٍ: نفس الحلف، وما يُحْلَف عليه، ومَنْ يحلف، وما يُحْلَف له. وهو فائدته، وحكمه.

فأما ما يحلف به؛ فَمَوْضِعُ بَيَانِهِ، كِتَابُ الأَيْمَانِ. وأما من يحلف له، فهو الخَصْمُ، وأمره ظاهر. أما الطرف الأول، فهو نَفْسُ الحلف فصيغ اليمين مُسْتَوْفَاةٌ في موضعها، والقصد[2] الآن بَيَانُ قاعدتين:

إحداهما: للتغليظ[3] مدخل في الأَيْمَانِ المَشْرُوعَةِ في الدَّعَاوَى، مبالغة للزجر، وتأكيد الأمر. وفيه مسائل:

---

(١) سقط في: أ.
(٢) في ز: والمقصد.
(٣) في أ: التغليظ.

[إحداها]: التَّغْلِيظُ يَقَعُ بوجوه:

أحدها: التَّغْلِيظُ اللفظي، وهو على ضَرْبَيْنِ:

أحدهما: التعديد، والتكرير. وهو مَخْصُوصٌ بالقَسَامَةِ، واللِّعَانِ، وواجب فيهما.

والثاني: زِيَادَةُ الأسماء، والصِّفَاتِ، بأن يقول: وَاللَّهِ الذي لا إله إلا هو، عالم الغيب والشهادة، الرحمن الرحيم، الذي يَعْلَمُ من السِّرِّ ما يعلم من العَلاَنِيَةِ. ويقول: بالله الطَّالب، الغالب، المدرك، المهلك، الذي يعلم السِّرَّ وأَخْفَى. وهذا الضَّرْبُ مُسْتَحَبٌّ. فلو اقْتَصَرَ على قوله: بالله، كفى. واسْتَحَبَّ الشَّافِعِيُّ ـ رضي الله عنه ـ أن يَقْرَأَ على الحَالِفِ قَوْلَهُ تعالى: ﴿**إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً**﴾ [**آل عمران ـ ٧٧**] وأن يحضر المُصْحف ويوضع في حِجْرِ الحَالِفِ. وذكر بعض الأصحاب أنه يحلف قائماً زِيَادَةً في التَّغْلِيظِ[١].

والوجه الثاني: التغليظ بالمَكَانِ.

والثالث: التَّغْلِيظُ بالزَّمَانِ. وهما بِتَفْصِيلِهِمَا مَذْكُورَانِ في باب اللعان. والتغليظ بالمكان، مُسْتَحَبٌّ، أو وَاجِبٌ، حتى لا يُعْتَدَّ بالحَلِفِ في مكان آخر، فيه قولان:

أصحهما: الأول. وفي التَّغْلِيظِ بالزَّمَانِ، طريقان: منهم من جعله على القولين، ومنهم من قَطَعَ فيه بالاسْتِحْبَابِ.

وعن ابن القَاصِّ: القطع بالاسْتِحْبَابِ في التَّغْلِيظِ بالمكان أيضاً.

ورأى الإمام طَرْدَ الخِلاَفِ في الضَّرْبِ الثاني من التَّغْلِيظِ اللفظي أيضاً[٢] ومن وجوه التغليظ المذكور في اللعان، التَّغْلِيظ بحضور جَمْعٍ، ولم يذكروه ههنا. ويشبه أن يُقَالَ: الأَيْمَانُ التي تَتَعَلَّقُ بإثبات حد أو[٣] دفع حدٍ، يكون التغليظ فيه بالجمع. كما في اللِّعَانِ. ثم التَّغْلِيظُ، يكون بطلب الخصم. أم يغلظ القاضي وإن لم يطلب الخَصْم؟

حكى القَاضِي ابْنُ كَجٍّ فيه وجهين، وذكر أن الأَصَحَّ منهما الثَّاني، ويُشْبِهُ أن يكونا جَارِيَيْنِ، سواء قلنا بالاسْتِحْبَابِ، أو بالإِيجَابِ.

---

(١) وهذا ما ذكره ابن الصباغ وقال في جميع الأيمان كما في اللعان ومقتضى كلام ابن أبي الدم تضعيفه فإنه قال: لا يشرع القيام في شيء من الأيمان إلا في يمين اللعان، ثم قال: لكن في الأشراف لابن المنذر قال الشافعي: رأيت حكامنا يستحلفون قائماً.

(٢) وهذا لم ينفرد به الإمام كما يشعر به كلامه بل ذكره غيره وفي الذخائر: وفي التغليظ بالزمان واللفظ طريقان قال أكثر العراقيين: مستحب. وقال الخراسانيون وبعض العراقيين فيه خلاف.

(٣) في ز: بإتيان حد ودفع.

المسألة الثانية: يجري التَّغْلِيظُ في دَعْوَىٰ الدَّم، والنِّكَاح، والطَّلاَقِ، والرجعة، والإِيلاَءِ، واللِّعَانِ، والعِتْقِ، والحَدِّ، والوَلاَءِ، والوِكَالَةِ، والوِصَايَةِ، وكل ما ليس بمال، ولا القصيد[١] منه المال[٢]؛ حتى يَجْرِيَ في الوِلاَدَةِ، والرِّضَاعِ، وعُيُوبِ النِّسَاءِ.

وليس قَبُولُ شَهَادَةِ النِّسَاءِ وَحْدَهُنَّ فيها، لِقِلَّةِ خَطَرِهَا؛ ولكن لأن الرِّجَالَ لا يَطَّلِعُونَ عليها غَالِباً.

وتَوَقَّفَ الإمام في الوِكَالَةِ [وقال: الوِكَالةُ][٣] في دَرَاهِمَ خَسِيسَةٍ، أَحْسَنُ من ملكها؛ فإن تَصَرُّفَ المُلاَّكِ، أقوى من تَصَرُّفِ الوُكَلاَءِ.

والتغليظ إنما يَلِيقُ بما يعظم خَطَرُهُ، وليس اشْتِرَاطُ الذُّكُورَةِ في شهود الوِكَالَةِ لِشَرَفِ الوِكَالَةِ؛ لكن للشَّارِعِ تَعَبُّدٌ في [نصاب][٤] الشهادات فيتبع.

وأما الأموال، فَيَجْرِي التَّغْلِيظُ في كثيرها دون قَلِيلِهَا على مَا وَرَدَ في الآثَارِ.

رُوِيَ أن عَبْد الرَّحمن بْنَ عوف ـ رضي الله عنه ـ رأى قَوْماً يَحْلِفُونَ بين المَقَامِ والبيت، فقال: أَعَلَى دَمٍ؟ قالوا: لا. قال: أفعلى عظيم[٥] من المال؟. قالوا: لا. قال: خَشِيتُ أن يَتَهَاوَنَ النَّاسُ بهذا البَيْتِ ويُروى أن يَبْهَأَ النَّاس بهذا البَيْت. يُقَالُ: بَهَأْتُ بالشيء، إذا أَنِسْتَ به حتى سَقَطَ هَيْبَتُهُ قليله[٦] والكثير من المال ما يَبْلُغُ عَيْناً، أو قيمة نِصَابِ الزَّكَاةِ؛ وهو عشرون دِينَاراً، أو مائتا دِرْهَم[٧]، والقليل ما دُونَ ذلك، فلا تُغَلَّظُ فيه، إلا أن يَرَىٰ القاضي التَّغْلِيظَ [لجرأةٍ: يجدها في الحَالِفِ، فله التغليظ][٨].

---

(١) في ز: المقصد.

(٢) قال الشيخ البلقيني: الحقوق التي ليست مالاً ولا يقصد منها المال كالسرجين والكلب المعلم وما جرى مجرى ذلك ليست مالاً ولا يقصد بها المال، ومع ذلك فلا تغلظ فيها.

(٣) سقط في: أ.

(٤) سقط في: ز.

(٥) في ز: عظم.

(٦) في ز: هي قليل.

(٧) قال الشيخ البلقيني: المنصوص عليه في الأم والمختصر اعتبار عشرين ديناراً عيناً أو قيمة ذلك وهذا هو المعتمد حتى لو كان المدعى به من الدراهم اعتبر بالذهب وقال الشيخ البلقيني أيضاً لو اختلفا بالثمن فقال البائع عشرون ديناراً وقال المشتري عشرة فلا تغليظ هنا لأن الذي تعلق به التفويت أو الإثبات عشرة دنانير وإن كان جملة الثمن عشرين ديناراً قال ولم أر من تعرض له.

(٨) سقط في: أ.

وعن مَالِكٍ: أن الضَّبْطَ بِنِصَابِ السَّرِقَةِ، فيجري التَّغْلِيظُ فيما بَلَغَ رُبُعَ دينار، ولا يَجْرِي فيما دُونَهُ، وأما أبو حَنِيفَةَ، وأحمد، فلا تَغْلِيظَ عندهما بالمكان، ولا بالزَّمَانِ أَصْلاً.

الثالثة: ما يجري [فيه][1] التَّغْلِيظُ يَسْتَوِي فيه يَمِينُ المدعى عليه، واليَمِينُ المَرْدُودَةُ، واليمين مع الشَّاهِدِ. [وقد يقتضي][2] الحال تَغْلِيظَ اليَمِينِ في أحد الطَّرَفَيْنِ دُونَ الآخر، كما إذا ادَّعَىٰ العَبْدُ على سَيِّدِهِ عِتْقاً، أو كتابة، فأنكر السيد؛ فإن بلغت قِيمَتُهُ نِصَاباً، فيغلظ عليه في اليَمِينِ؛ لأنه ينفي اسْتِدَامَةَ مَالٍ كثير، فإن لم يبلغ قِيمَتُهُ نِصَاباً، فلا يغلظ عليه؛ فإن نَكَلَ السيد، فالعَبْدُ يُغَلَّظُ عليه بكل حَالٍ؛ لأنه يَدَّعِي العِتْقَ.

والوَقْفُ من جانب المدعى عليه لا تَغْلِيظَ فيه، إلا إذا بلغ نِصَاباً، وكذلك مِنْ جَانِبِ المدعي إن أثبتناه بشاهد ويَمِينٍ، وإن لم نُثْبِتْهُ فيغلظ فيه كالعِتْقِ.

وعن حكاية صاحب «التقريب»[3] وجه: أن ما يُغَلَّظُ فيه من أَحَدِ الطرفين يُغَلَّظُ من الآخر، تَسْوِيَةً بين الخَصْمَيْنِ.

وإذا ادَّعَىٰ الزَّوْجُ الخُلْعَ على مَالٍ، وأنكرت الزَّوْجَةُ فالبينونة حَاصِلَةٌ بقوله، وتُصَدَّقُ الزَّوْجَةُ في إنكار المَالِ بيمينها، ويُنْظَرُ في التَّغْلِيظِ إلى قَدْرِ المال: أهو كَثِيرٌ أم قليل؟ فإن ردّت اليمين، وحَلَفَ الزَّوْجُ، فكذلك؛ لأن مَقْصُودَهُ المال.

وإن ادعت هي الخُلْعَ، وأنكر الزَّوْجُ، فتغلظ اليَمِينُ عليه؛ لأن مَقْصُودَهُ اسْتِدَامَةُ النكاح. وإن نَكَلَ، وحَلَفَتِ الزَّوْجَةُ، فكذلك؛ لأن مَقْصُودَهَا الفِرَاقُ.

الرابعة: من به مَرَضٌ أو زَمَانَةٌ، لا تُغَلَّظُ عليه في المكان لِعُذْرِهِ. وكذا الحَائِضُ، إذ لا يُمْكِنُهَا اللَّبْثُ في المسجد، والمَرْأَةُ المُخَدَّرَةُ في إِحْضَارِهَا مَجْلِسَ الحكم، خِلاَفٌ سَبَقَ، فإن أُحْضِرَتْ، فهي كالرجل في التَّغْلِيظِ. وإن قلنا: لا تَحْضُرْ؛ بل يَبْعَثُ القاضي إليها من يَحْكُمُ بينها وبين خَصْمِهَا، فإذا أَفْضَى الأَمْرُ إلى تَحْلِيفِهَا، فهل تُغَلَّظُ عليها بالمكان، وتُكَلَّفُ حضور الجامع؟

فيه وجهان مَحْكِيَّانِ في «الشامل» وغيره:

أحدهما: نعم؛ ويُرَاعَىٰ التَّغْلِيظُ من هذا الوجه، كما يُرَاعَىٰ باللفظ.

والثاني: لا؛ لأنا أَلْحَقنَا التَّحَذُّر بالمَرَضِ في حضور مَجْلِسِ الحكم، فكذلك[4]، في حضور الجَامِعِ.

---

(١) سقط في: أ.
(٢) سقط في: أ.
(٣) في ز: القريب.
(٤) في أ: وكذلك.

والأول هو المَذْكُورُ في الكتاب، وبه أجاب الشيخ أبو حَامِدٍ، ومن تابعه، ولكن قيل يبتنى[١] هذا الخِلاَفَ على الخِلاَفِ في أن التَّغْلِيظَ مُسْتَحَقٌّ، أو مُسْتَحَبٌّ. وقَضِيَّةُ هذا البناء تَرْجِيحُ الوجه الثاني.

فرع:

من تَوَجَّهَتْ عليه اليمين، لو كان[٢] قد حَلَفَ بالطَّلاَقِ ألا يحلف يَمِيناً مُغَلَّظَةً، فإن جعلنا التَّغْلِيظَ مُستحقّاً، فعليه أن يَحْلفَ اليمين المُغَلَّظَةَ، والحنث، وإذا امتنع، جُعِلَ نَاكِلاً، وإن جعلناه مُسْتَحَبّاً، فلا يحنث.

القاعدة الثانية: يُشْتَرَطُ في اليمين أن تكون مُطَابِقَةً للإنكار، فإذا ادَّعَىٰ عليه إتْلاَفَ ثَوْبٍ قيمته عشرة، فإن قال في الجَوَابِ: ما أَتْلَفْتُ، حلف كذلك. وإن قال: لا يَلْزَمُنِي شَيْءٌ، حَلَفَ كذلك. وهذا قد مَرَّ.

والشرط أيضاً وُقُوعُهَا بعد تَحْلِيفِ القاضي، فلو حلف [قبله][٣] لم يُعْتَدَّ به، واحْتُجَّ له، بأن رُكَانَةَ[٤] طَلَّقَ امْرَأَتَهُ أَلْبَتَّةَ. وقال: وَاللَّهِ ما أردت إلا وَاحِدَةً. قال النبي ﷺ: «مَا أَرَدْتَ إلاَّ وَاحِدَةً؟» فقال: والله، ما أردت إلا وَاحِدَةً[٥].

فقيل: كانت امْرَأَتُهُ تَدَّعِي أنه أراد أكثر من طَلْقَةٍ، فكان[٦] عليه أن يَحْلِفَ، فلم يُعْتَدَّ بيمينه قبل التَّحْلِيفِ، وأعاد عليه ولو قال الحَاكِمُ في تَحْلِيفِهِ: قل: بالله. فقال: بالرَّحْمَنِ، لم يُحْسَبْ، وكان نُكُولاً. ولو قال: قل: بالله، فقال: وَاللَّهِ، أو تالله، فوجهان[٧]:

أحدهما: أنهُ نُكُولٌ؛ لأنه حَلَفَ، لا على الوَجْهِ الذي حُلِّفَ، فَأَشْبَهَتِ الصورة الأولى.

والثاني: المَنْعُ؛ لأنه حَلَفَ بالاسْمِ الذي حُلِّفَ به، والتَّفَاوُتُ في مُجَرَّدِ الصِّلَةِ.

ويجري الوَجْهَانِ فيما إذا غُلِّظَ عليه باللَّفْظِ، فامتنع واقْتَصَرَ على أن قال: بالله. وفيما إذا أراد التَّأْكِيدَ عليه بالزَّمَانِ، أو المكان، فامْتَنَعَ. وقد حَكَىٰ الخِلاَفَ في التَّغْلِيظِ

---

(١) في ز: بينا.
(٢) في أ: أو.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: وكأنه، وهو تحريف بيّن.
(٥) تقدم.
(٦) في أ: وكان.
(٧) لم يرجح المصنف منهما شيئاً، وقال الشيخ البلقيني نص الشافعي في الأم في التحفظ في اليمين من أبواب القسامة ظاهر في الاكتفاء بذلك فإنه قال فيقول للحالف قل والله، فإن قال الحالف بالله كان كقوله والله لأن ظاهرهما معاً يمين، قال ولو لحن الحالف فقال والله بالرفع أو النصب أحببت أن يعيد القول حتى يضجع ولو مضى على اليمين بغير إضجاع لم يكن عليه إعادة. انتهى.

اللَّفظي القاضي الرُّويَانِيُّ عن القَفَّالِ، وذكر أن الأَصَحَّ: أنه يكون نَاكِلاً؛ لأنه ليس له رَدُّ اجتهاد القاضي، وقطع بعضهم في الامْتِنَاعِ من التغليظ اللَّفْظِيِّ، أنه لا يكون [ناكلاً](١).

وفي التغليظ الزَّمَانِيِّ والمكاني، أنه يكون نَاكِلاً.

والفرق؛ أن التَّغْلِيظَ اللَّفْظِيَّ من جِنْسِ المأتي به، وهو ذِكْرُ الله - تعالى الذي هو(٢) مناط الحُرْمَة، والتعظيم، والتَّغْلِيظ الزماني، والمكاني، ليسا من جِنْسِ المأتى به، فلم يكن له الامْتِنَاعُ منهما(٣).

ولْيُعَلَّمْ قوله في الكتاب: «إلا في مَالٍ دون نِصَابِ الزكاة» بالميم، لما عرفت من مَذْهَبِهِ أنه يَجْرِي التَّغْلِيظُ فيما دون نِصَابِ الزكاة، إذا لم يكن دون نصَابِ السرقة وبالواو أيضاً؛ لأن القاضي ابْنَ كَجٍّ حَكَى عن أبي الحُسَيْنِ وَجْهاً: أن المال الواجب بالجِنَايَةِ، عَمْداً كان، أو خَطَأً، يجري فيه التَّغْلِيظُ، وإن كان دون نِصَابِ الزكاة.

وقوله: «لم تغلظ يمينه»، وقوله: «وتغلظ على المُخَدَّرَةِ»، مرقومان بالواو لما تَقَدَّمَ، ويمكن إِعْلاَمُ قوله: «وشرط اليمين أن يطابق الإنكار» أيضاً بالواو؛ لأنا أَسْلَفْنَا وَجْهَيْنِ في أن المُدَّعَى عَلَيْهِ، لو أنكر الجِهَةَ التي أَسْنَدَ المدعى إليها دَعْوَاهُ من إِقْرَاضٍ، أو إِتْلاَفٍ، ثم أراد أن يَقْتَصِرَ في يَمِينِهِ على نَفْيِ اللزوم، ولا يَتَعَرَّضُ لتلك الجِهَةِ، هل يُمَكَّنُ منه؟ فإن مَكَّنَّاهُ، لم يكن من شَرْطِ اليمين أن يطابق الإِنْكَارَ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا المَحْلُوفُ عَلَيْهِ فَيَحْلِفُ عَلَى البَتِّ فِي كُلِّ مَا يَنْسِبُهُ إِلَى نَفْسِهِ مِنْ نَفْيٍ أَوْ إِثْبَاتٍ وَيَحْلِفُ عَلَى البَتِّ فِي الإِثْبَاتِ المَنْسُوبِ إِلَى غَيْرِهِ كَبَيْعٍ، وَفِي النَّفْيِ يَكْفِي الحَلِفُ عَلَى نَفْيِ العِلْمِ فَيَقُولُ: لاَ أَعْلَمُ عَلَى مُوَرِّثِي دَيْناً وَلاَ أَعْلَمُ مِنْهُ إِتْلاَفاً وَبَيْعاً، وَهَلْ يَثْبُتُ فِي نَفْيِ أَرْشِ الجِنَايَةِ عَنِ العَبْدِ وَجْهَانِ، وَفِي نَفْيِ الإِتْلاَفِ عَنْ بَهِيمَتِهِ الَّتِي قَصَّرَ بِتَسْرِيحِهَا يَجِبُ البَتَّةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الحالف تَارَةً يَحْلِفُ على البَتِّ، وأخرى على العِلْمِ، ومَقْصُودُ الفَصْلِ، بَيَانُ موضع القَسَمَيْنِ؛ فإن كان يَحْلِفُ على فعل نَفْسِهِ، فيحلف على البَتِّ، سواء كان يُثْبِتُهُ، أو يَنْفِيهِ؛ لأنه يَعْرِفُ حَالَ نَفْسِهِ، ويطلع عليها. وإن كان يَحْلِفُ على فعل الغَيْرِ، فإن كان في إِثْبَاتٍ، فيحلف على البَتِّ؛ لأنه يسهل الوُقُوف عليه، وهذا كما أنه يَشْهَدُ به.

وإن كان [يحلف](٤) على النفي، فيحلف على أنه لا يَعْلَمُهُ؛ لأن النَّفْيَ المُطْلَقَ

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: «و» مكان «والذي هو».
(٣) في ز: منها.
(٤) سقط في: ز.

يَعْسُرُ الوُقُوفُ على سَبَبِهِ. ولهذا لا تجوز الشَّهَادَةُ على النفي، وقد يُعَبَّرُ عن الغَرَضِ بِعِبَارَةٍ أخرى فيقال: إن كان الحَلِفُ على الإِثْبَاتِ، فيجب البَتُّ، سَوَاءٌ كان المثبت فعل نفسه، أو غيره.

وإن كان على النَّفْي، فإن نَفْي فِعْلَ نَفْسِهِ، حلف على البَتِّ أيضاً، وإن حَلَفَ على فِعْلِ غيره، حَلَفَ على العِلْمِ وقد يختصر(١) فيقال: اليَمِينُ على البَتِّ أَبَداً، إلا إذا حَلَفَ على نَفْي فِعْلِ الغير(٢)، إذا تقرر ذلك، فمن ادُّعِيَ عليه مال، فأَنْكَرَ، حلف على البَتِّ. وإن ادَّعَى إبراءً، أو قضاءً، وأنكر المُدَّعى، حَلَفَ على البَتِّ.

ولو ادعى وَارِثٌ على إنسان، أن لِمُوَرِّثِي عليك كذا، فقال المُدَّعَى عَلَيْهِ: إنه قد أَبْرَأَنِي، أو قَبَضَهُ، حلف المدعي على نَفْي العِلْمِ بإبراء المُوَرِّثِ، وقبضه [ولو كان](٣).

في يده دارٌ، وجاء مُدَّعٍ، وقال: غَصَبَهَا مِنِّي أبوك، أو بَائِعُكَ، فأنكر، حُلِّفَ على نفي العِلْمِ بأنهما غَصَبَا.

ولو ادعى إنسان على وَارِثِ مَيِّتٍ دَيْناً على المَيِّتِ، لم يكفِ ذِكْرُ الدَّيْنِ وَوَصْفُهُ، بل يذكر مع ذلك مَوْتَ مَنْ عليه، وأنه حَصَلَ في يَدِهِ من التَّرِكَةِ ما يَفِي بجميعه، أو ببعضه، وأنه يَعْلَمُ دَيْنَهُ على مورثه. وهكذا كل ما يَحْلِفُ المنكر فيه على العلم، يُشْتَرَطُ

---

(١) في ز: دون.

(٢) قال الشيخ البلقيني: المراد بفعله ما صدر منه ولو قولاً، ومع ذاك فعبارته ناقصة فإن الذي يدعي على الإنسان ما لا فعل له مستنداً إليه لا يدخل في العبارة المذكورة ويحلف فيه على البت قطعاً وفي بعض صوره على الأصح كما إذا وقع الاختلاف بين البائع والمشتري في قدم العيب اختلافاً ممكناً، فإن القول قول البائع ويحلف على البت، وليس هنا فعل له ومثل الشيخ بما إذا أبق العبد عند المشتري وأجاب ولي الدين العراقي بأن هذا فعل عبده فيحلف فيه على البت وفي الجواب نظر لأنه وإن كان فعل عبده، لكن ليس فعله. وليس النزاع في الحكم وأورد الشيخ البلقيني أيضاً حلف مدعي النسب اليمين المردودة فيحلف بتاً أنه ابنه ولا فعل له في النسب.
وأجاب الشيخ ولي الدين أيضاً بأنه يرجع إلى الحلف على أنه ولد على فراشه وهو إثبات وقد عرف أن الحلف فيه على البت وإن لم يكن فعله، وأورد الشيخ أيضاً الإعسار فيحلف فيه على البت وليس فعل نفسه وإنما هو صفة له، وأجاب أيضاً بأنه فنفي ملك نفسه زيادة على أمر مخصوص.
وأورد الشيخ أيضاً حلف أحد الزوجين على عيب صاحبه اليمين المردودة فهو على البت إذا لم يكن فعلاً لخصمه وأجاب أيضاً بأنه فعل أمر الله تعالى به فهو حلف على فعله غيره إثباتاً. انتهى.
وما ذكره الشيخ البلقيني من الصورتين في اليمين المردودة كلام الرافعي في باب الرضاع يقتضي أن اليمين المردودة على البث مطلقاً سواء كانت على إثبات أو نفي يتعلق به أو بغيره، وعلى هذا فينبغي تقييد كلامهم هنا بذلك.

(٣) سقط في: أ.

في الدعوى[1] عليه التَّعَرُّضُ، فيقول: إن مُوَرِّثَكَ غَصَبَ كذا، وأنت تَعْلَمُ أنه غَصَبَهُ، ثم إذا تَعَرَّضَ لجميع ذلك، فإن أَنْكَرَ الوَارِثُ الدَّيْنَ، حَلَفَ على نَفْيِ العِلْمِ، فإن نَكَلَ، حَلَفَ المُدَّعي على البَتِّ، وإن أَنْكَرَ مَوْتَ مَنْ عليه، فثلاثة أوجه:

أحدها: عن ابن القَاصِّ، والشيخ أبي عَاصِمٍ: أنه يَحْلِفُ على البَتِّ؛ لأن الظَّاهِرَ اطِّلاَعُهُ عليه.

وأصحهما: أنه يَحْلِفُ على العِلْمِ، كما لو أَنْكَرَ غَصْبَهُ وإِتْلاَفَهُ، وقد يكون موته في الغَيْبَةِ، فلا يَطَّلِعُ الوَارِثُ عليه.

وثالثها: عن الشيخ أبي زَيْدٍ الفَرْقُ بين من عُهِدَ حاضراً، أو غائباً، وإن أنكر حُصُولَ التَّرِكَةِ عنده، حَلَفَ على البَتِّ، وإن أَنْكَرَ الدَّيْنَ وحُصُولَ التَّرِكَةِ معاً، وأراد أن يَحْلِفَ على نَفْيِ التَّرِكَةِ وَحْدَهُ، وأراد المدعي تَحْلِيفَهُ على نَفْيِ التركة، وعلى نَفْيِ العِلْمِ بالدَّيْنِ معاً، فعن ابن القَاصِّ: أنه يَحْلِفُ عليهما؛ لأن للمُدَّعِي غَرَضاً في إِثْبَاتِ الدَّيْنِ، وإن لم يكن عند الوَارِثِ شَيْءٌ، فلعله يَظْفَرُ بوديعة، أو دَيْنٍ له على إنسان، وأخذ منه حَقَّهُ.

ولو ادَّعَى على رجل، أن عبدك جنى عَلَيَّ بما يُوجِبُ كذا، وأنكر، فوجهان:

أحدهما: وهو المذكور في «الشامل»: أنه يَحْلِفُ على نَفْيِ العِلْمِ؛ لأنه حَلِفٌ يَتَعَلَّقُ بفعل الغَيْرِ.

وأَصَحُّهُمَا: أنه يَحْلِفُ على البَتِّ، لأن عَبْدَهُ ماله، وفِعْلَهُ كفعل نَفْسِهِ، ولذلك سمعنا الدَّعْوَى[2] عليه. وربما بُنِيَ الوَجْهَانِ على أن أَرْشَ الجِنَايَةِ يَتَعَلَّقُ بِمَحْضِ الرقبة؟ أم يَتَعَلَّقُ بالرَّقَبَةِ والذِّمَّةِ معاً، حتى يتبع بما فعل بعد العِتْقِ؟ فإن قلنا بالأَوَّلِ، حلف على البَتِّ؛ لأنه يَحْلِفُ ويُخَاصِمُ لنفسه.

وإن قلنا بالثاني[3] فعلى العِلْمِ؛ لأن لِلْعَبْدِ على هذا ذِمَّةً تَتَعَلَّقُ بها الحُقُوقُ، والرَّقَبَةُ؛ كالمرتهن[4] بما عليه.

---

(١) و(٢) في أ: المدعي.

(٣) استثنى الشيخ البلقيني من محل الخلاف صورتين:
إحداهما: إذا كان العبد مجنوناً ضارياً بطبعه كالبهيمة فعلى السيد حفظه، فإن قصر السيد فأتلف هذا الضاري شيئاً فهو كالبهيمة أي فيحلف قطعاً.
الثانية: إذا أمر عبده الذي لا يميز والأعجمي الذي يعتقد وجوب طاعة السيد في كل ما أضر به فالجاني هو السيد ويحلف على البت قطعاً ولا يأتي فيه ما تقدم في البهيمة أي من إشارة الغزالي إلى خلاف لوجود أمره المنزل منزلة قوله. انتهى.

(٤) في ز: كالمرتهنة.

وإذا ادَّعى عليه أن بَهِيمَتَهُ أَتْلَفَتْ زَرْعاً، وغيره، بحيث يَجِبُ الضَّمَانُ بِإتْلاَفِ البَهِيمَةِ، فأنكر، يَحْلِفُ على البَتِّ؛ لأنه لا ذِمَّةَ لها والمالك لا يَضْمَنُ بفعل البَهِيمَةِ، وإنما يَضْمَنُ بالتَّقْصِير في حِفْظِهَا. وهذا أَمْرٌ يتعلق بنفس الحَالِفِ، ولو نَصَبَ البائع وَكِيلاً ليقبض[١] الثمن، ويسلم[٢] المبيع، فقال له المشتري: إن مُوَكِّلَكَ أَذِنَ في تَسْلِيم المَبِيعِ، وأَبْطَلَ حَقَّ الحَبْسِ، وأنت تعلم، فقولان عن حكاية ابن القَاصِّ:

أحدهما: أنه يَحْلِفُ على نَفْي العلم، ويُدِيمُ الحَبْسَ إلى اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ.

والثاني: وهو اخْتِيَارُ أبي زَيْدٍ: أنه يَحْلِفُ على البَتِّ؛ لأنه يثبت لنفسه اسْتِحْقَاقَ اليَدِ على المبيع.

وعن ابْنِ القَاصِّ: أنه إذا طُولِبَ البَائِعُ بتسليم المَبِيعِ، فادعى حُدُوثَ عَجْزٍ عنه، وقال المُشْتَرِي: أنت[٣] عالم به، فأنكر، يَحْلِفُ على البَتِّ؛ لأنه يستفيد[٤] بيمينه وُجُوبَ تَسْلِيم المَبِيعِ إليه، وأنه لو مات عن ابنٍ في الظَّاهِرِ، فجاء آخر وقال: أنا أَخُوكَ، والمِيرَاثُ بَيْنَنَا، فأنكر، يَحْلِفُ على البَتِّ أيضاً؛ لأن الأُخُوَّةَ رَابِطَةٌ جَامِعَةٌ بينهما، فهو حَالِفٌ في نفسه، ونَازَعَهُ منازعون في الصُّورَتَيْنِ، وقالوا: يَحْلِفُ على العلم[٥] والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **ثُمَّ يَحِلّ لَهُ اليَمِينُ البَتُّ بِظَنٍّ يَحْصُلُ لَهُ مِنْ خَطٍّ أَوْ قَرِينَةِ حَالٍ مِنْ نُكُولِ خَصْمٍ وَغَيْرِهِ، وَيُنْظَرُ فِي اليَمِينِ إِلَى نِيَّةِ القَاضِي وَعَقِيدَتِهِ فَلاَ يَصِحُّ تَوْرِيَةُ الحَالِفِ وَلاَ قَوْلُهُ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ بِحَيْثُ لاَ يَسْمَعُ القَاضِي، وَلاَ يَحِلُّ لِلشَّفْعَوِيِّ أَنْ يَحْلِفَ عِنْدَ القَاضِي الحَنَفِيِّ عَلَى نَفْيِ اللُّزُومِ فِي شُفْعَةِ الجَارِ بِتَأْوِيلِ اعْتِقَادِ نَفْسِهِ بَلْ إِذَا أَلْزَمَهُ القَاضِي صَارَ لاَزِماً ظَاهِراً وَعَلَيْهِ أَنْ يَحْلِف، وَهَلْ يَلْزَمُهُ بَاطِناً؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ مُجْتَهِداً لَمْ يَلْزَمْهُ، وَإِنْ كَانَ مُقَلِّداً يَلْزَمُهُ بَاطِناً.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: ما يحلف فيه على البَتِّ، لا يُشْتَرَطُ فيه اليَقِينُ، بل يجوز البَتُّ على ظَنٍّ مؤكد، [منشأ][٦] من خطِّهِ، أو من خطِّ أبيه، أو نُكُولِ خَصْمِهِ على ما سبق.

ولو اسْتَحْلَفَ القَاضِي على البَتِّ، حيث تجب فيه اليَمِينُ على العِلْم، وقد عَدَلَ عن نَهْجِ الصَّوَابِ، والعَدْلِ، إلا أن اليَمِينَ يُحْسَبُ، وتُحْمَلُ على نَفْي العَلْم، كما إذا

---

(١) في أ: لقبض.
(٢) في أ: وتسلم.
(٣) في ز: إنه.
(٤) في ز: يستقي.
(٥) قال النووي: نفي العلم هو الصحيح.
(٦) سقط في: ز.

شَهِدَ الشُّهُودُ أنه لا وَارِثَ له، وإلا فلا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ، وتُحْمَلُ على أنه لا يَعْلَمُ وَارِثاً غيره.

الثانية: النَّظَرُ في اليَمِينِ إلى نِيَّةِ القَاضِي المُسْتَحْلِفِ وعَقِيدَتِهِ. [و][(١)] أما النية فالتَّوْرِيَةُ، والتَّأْوِيل على خلاف قَصْدِ القاضي لا يُغْنِي، ولا يَدْفَعُ إِثْمَ اليمين الفَاجِرَة.

ولو اسْتَثْنَى، أو وصل باللَّفْظِ شَرْطاً بِقَلْبِهِ، ونِيَّتِهِ، أو فَعَل ذلك بِلِسَانِهِ، ولكن لم يسمعه الحَاكِمُ، فكذلك.

وإن سمعه الحَاكِمُ، عَزَّرَهُ، وأعاد عليه اليَمِينَ[(٢)].

وإن وَصَلَهُ بكلام لم يَفْهَمْهُ القاضي، مَنَعَهُ [منه][(٣)]، وأَعَادَ اليمين عليه، كذلك ذكره في «التهذيب». فإن قال: كُنْتُ أَذْكُرُ اللَّهَ تعالى، قيل له: ليس هذا وقتاً له.

وأما العَقِيدَةُ؛ فإذا ادَّعى حنفي[(٤)] على شَافِعِيٍّ، شُفْعَةَ الجَوَارِ. والقاضي يرى إِثْبَاتَهَا، فأَنْكَرَ المُدَّعَى عليه، فليس له أن يَحْلِفَ، بِنَاءً على اعْتِقَادِهِ في شُفْعَةِ الجار، بل

---

(١) سقط في: أ.

(٢) قال في المهمات: محل ما ذكره إذا كان التحليف بالله تعالى فإن كان القاضي يرى التحليف بالطلاق فحلف به نفعت التورية كما قاله المصنف ـ رحمه الله ـ في أذكاره ونازعه الزركشي في خادمه بأن هذا النقل غير مطابق فإن لم يذكر ذلك فيما إذا كان القاضي يرى ذلك بل لو حلفه القاضي بالطلاق أو العتاق تنفعه التورية ويكون الاعتبار بنية الحالف لأن القاضي ليس له التحليف بهما وفي البحر قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ ومتى بلغ الإمام أن حاكماً استحلف الناس بالطلاق والعتاق عزله عن الحكم لأنه جاهل.

قال صاحب الخادم: نعم هذا ظاهر إذا كان الحاكم لا يراه، فإن رآه كالحنفي فيحتمل أنه كالتحليف بالله تعالى لا ينفع التورية فيه، والظاهر خلافه لمخالفة النص في امتناع الحلف بغير الله تعالى إلى آخر ما ذكره.

قال في المهمات أيضاً الحكم ببطلان اليمين عند اتصال الاستثناء دليل على أن الاستثناء ينفع في الماضي حتى قال والله ما قمت إن شاء الله تعالى وكان قد قام فإنه لا يحنث والأمر كذلك وقد صرح به في التتمة وهذا الذي فهمه سبقه إليه القاضي شرف الدين البارزي زاد الشيخ فنقله عن التتمة غلط، قال المتولي: إنما نص على أن الاستثناء يمنع أن ينعقد اليمين لا أنها تنعقد وينفع الاستثناء في الماضي ثم ساق لفظ التتمة وفي التغليظ نظر.

وقال الشيخ البلقيني لا أثر لنية مخالف لظاهر اللفظ الواجب في الحلف، فلو كان له دين بغير صك لم يقبضه وأقام شاهداً بالدين الذي بالصك وحلف معه وبنيته الحلف على الذي بلا صك ونية القاضي الذي بالصك فلا أثر لنية القاضي لأن اللفظ الواجب في الخلاف استحقاقه الدين المدعى به لا الدين الذي بالصك وكذا حكم يمين الرد والاستظهار إلى آخر ما ذكره.

(٣) سقط في: أ. (٤) في ز: حق.

عليه اتِّبَاعُ القَاضِي ويلزمه(١) في الظاهر [ما ألزمه القاضي](٢) وهل يَلْزَمُهُ في الباطن؟ حكى المُصَنِّفُ فيه وَجْهَيْنِ.

وهذا الخلاف كالخِلاَفِ المَذْكُورِ في الباب الثَّانِي من «أدب القَضَاءِ»، أن الحَنَفِيَّ إذا حكم للشَّافِعِيِّ بِشُفْعَةِ الجَارِ، هل يَحِلُّ له، أو هو هو؟

وَمَيْلُ الأكثرين إلى الحِلِّ، كما ذكره في الكتاب هُنَاك، وهو الجَوَابُ في فَتَاوَى القَفَّال ويوافقه(٣) ما اتفقوا عليه ههنا من تَرْجِيحِ اللُّزُومِ بَاطِناً.

وعن صاحب «التقريب»: أن القَضَاءَ في المُجْتَهَدَاتِ يَنْفُذُ في حَقِّ المُقَلِّدِ ظاهراً، وباطناً، ولا يَنْفُذُ في حَقِّ المُجْتَهِدِ بَاطِناً، حتى لو كَانَ الحَالِفُ مُجْتَهِداً وحلف على مُوجَبِ اجْتِهَادِهِ، لم يَأْثَم(٤). هذا ما يَتَعَلَّقُ بالطرف الثاني(٥) وهو المَحْلُوفُ عليه. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الحَالِفُ فَهُوَ كُلُّ مَنْ تُوَجَّهُ عَلَيْهِ دَعْوى صَحِيحَةٌ فَيَحْلِفُ (ح م) فِي إِنْكَارِ النَّسَبِ وَالوَلاَءِ وَالرَّجْعَةِ وَالنِّكَاحِ وَالظِّهَارِ وَالإِيلاَءِ، وَلاَ يَحْلِفُ فِي حُدُودِ اللّٰهِ تَعَالَى إِذْ لاَ نِزَاعَ فِيهَا، وَلاَ يَحْلِفُ القَاضِي وَالشَّاهِدُ، وَيَحْلِفُ القَاضِي بَعْدَ العَزْلِ، وَلاَ يَحْلِفُ الصَّبِيُّ إِذَا ادَّعَى البُلُوغَ بَلْ يُصَدَّقُ، وَلَوْ قَالَ: أَنَا صَبِيٌّ لَمْ يَحْلِفْ بَلْ يُنْتَظَرُ بُلُوغُهُ، إِلاَّ الصَّبِيَّ المُشْرِكَ إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ اسْتَنْبَتَ الشَّعْرَ بِالعِلاَجِ فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَحْلِفْ قُتِلَ، وَقِيلَ: يُحْبَسُ حَتَّى يَبْلُغَ ثُمَّ يَحْلِفَ فَإِنْ نَكَلَ قُتِلَ، وَلاَ يَحْلِفُ الوَصِيُّ وَالقَيِّمُ إِذْ لاَ يُقْبَلُ إِقْرَارُهُمَا

---

(١) في ز: ولزمه.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: وموافقته.

(٤) دعواه اتحاد الحالف فيه نظر لأن الخلاف في لزومه باطناً راجع إلى الحكم لا إلى اليمين وذلك أن ها هنا شيئين، أحدهما، اليمين والآخر الحكم فاليمين لازمة جزماً راعياً مع نفسه اعتقاده أثم وأما الحكم ففيه الخلاف.

(٥) قال النووي: هذا إذا حلفه القاضي أو نائبه، أما إذا حلف الإنسان ابتداء، أو حلفه غير القاضي من قاهر، أو خصم، أو غيرهما، فالاعتبار بنية الحالف بلا خلاف، وينفعه التورية قطعاً، سواء حلف بالله تعالى، أو بطلاق وعتاق وغيرهما صرح به الماوردي، ونقله ابن الصباغ عن الأصحاب ذكراه في كتاب الطلاق. والله أعلم.

نقله الاتفاق على ذلك فيه نظر فقد قال ابن سراقة في التلقين في باب الإيمان وإذا استحلف رجل رجلاً فاليمين على نية المستحلف إلا أن يكرهه عليها. انتهى ولم يخص قاضياً ولا غيره، وقد ألحق الشيخ عز الدين في القواعد الخصم بالقاضي عملاً بقوله ﷺ يمينك على ما يصدقك عليه صاحبك. قال: أراد به الخصم.

أَعْنِي بِالدَّيْنِ عَلَى المَيِّتِ، وَلاَ يَحْلِفُ (ح ز و) مَنْ يُنْكِرُ الوَكَالَةَ بِاسْتِيفَاءِ الحَقِّ، فَإِنَّهُ وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ وَكِيلٌ فَيَجُوزُ جُحُودُ المُوَكِّلِ، وَهَلْ يَجُوزُ لِلوَكِيلِ بِالخُصُومَةِ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ عَلَى وَكَالَتِهِ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ الخَصْمِ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الطَرَف الثالث: الحَالِفُ؛ وهو كُلُّ من تَتَوَجَّهُ عليه دَعْوَى صَحِيحَةٌ. وقيل[١]: من تُوجِّهَتْ عليه دَعْوَى [صَحِيحَةٌ][٢] لو أَقَرَّ بمَطْلُوبِهَا، أُلْزِمَ به، فإذا أنكر، يَحْلِفُ عليه، وتُقْبَلُ منه. وَلاَ بُدَّ من اسْتِثْنَاءِ صُوَرٍ عن هذا الضَّبْطِ، فنوردها[٣] مع ما يَخْرُجُ منه، ويدخل فيه مسائل:

إحداها: يجزىء التَّحْلِيفُ في النِّكَاحِ، والطَّلاَقِ، والرَّجْعَةِ، والفيئة في الإِيلاَءِ، وفي العِتْقِ، والاسْتِيلاَدِ، والوَلاَءِ، والنَّسَبِ.

قال أبو حَنِيفَةَ: لا يحلف المُدَّعَى عليه في هذه الأَبْوَابِ، [بناء على أن المَطْلُوبَ من التَّحْلِيفِ الإِقْرَارُ، أو النكول، ليحكم بالنُّكُولِ. والنكول نَازِلٌ مَنْزِلَةَ البَذْلِ، والإِبَاحَةِ. ولا مدخل لِلْبَذْلِ، والإِبَاحَةِ في هذه الأبواب][٤]. وقال مالك، وأحمد: يَجْرِي التَّحْلِيفُ فيما لا يَثْبُتُ [إلا][٥] بشاهدين ذَكَرَيْنِ إلحاقاً له بالحُدُودِ.

وعن أحمد رواية أخرى: [لا][٦] يجري التَّحْلِيفُ في القِصَاصِ، وحَدِّ القَذْفِ، والطَّلاَقِ، والعِتَاقِ.

لنا مُطْلَقُ قوله ﷺ[: «وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ». وحديث رُكَانَةَ حيث حَلَّفَهُ ﷺ[٧]][٨] في الطَّلاَقِ، وأيضاً فإنه أَنْكَرَ ما تَوَجَّهَتْ به الدعوى، فيحلف كَسَائِرِ ما يَحْلِفُ فيه.

والثانية: حُدُودُ الله تَعَالَى، لا تُسْمَعُ فيها الدَّعْوَى، ولا يُطْلَبُ الجَوَابُ؛ لأنها ليست حَقّاً لِلْمُدَّعِي، ومن له الحَقُّ، لم يَأْذَن في الطَّلَبِ، والإِثْبَاتِ، بل أمر فيه بالإِعْرَاضِ، والدَّفْعِ بما أَمْكَنَ.

نعم لو تَعَلَّقَ به حَقُّ آدَمِيٍّ، كما إذا قَذَفَ غَيْرَهُ، وَطَلَبَ المَقْذُوفُ حَدَّ القَذْفِ، فقال القَاذِفُ: حَلِّفُوهُ على أنه لم يَزْنِ، فالظاهر أنه يَحْلِفُ، كما ذكرنا في شَرْحِ المَسْأَلَةِ الثالثة من ركن[٩] الدعوى، فإن حَلَفَ، أقيم الحَدُّ على القَاذِفِ، وإن نَكَلَ، وَحَلَفَ

---

(١) في أ: قد.
(٢) سقط في: أ.
(٣) في أ: لتؤديها.
(٤) سقط في: أ.
(٥) سقط في: ز.
(٦) سقط في: أ.
(٧) تقدم.
(٨) سقط في: أ.
(٩) في أ: ذكر.

القَاذِفُ، سَقَطَ حَدُّ القَذْفِ عنه، ولم يَثْبُتْ بحلفه حَدُّ الزِّنَا على المَقْذُوفِ، ولو ادَّعَى سَرِقَةَ مال[١]، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ للمال، وحَلَفَ المُدَّعَى عليه، فإن نَكَلَ، حَلَفَ المدعى، واسْتَحَقَّ المَالَ، ولم يقطع المُدَّعَى عليه؛ لأن حُدُودَ اللَّهِ ـ تعالى ـ لا تَثْبُتُ باليمين المَرْدُودَةِ، وإذا[٢] أقر بما يُوجِبُ الحدَّ، وادَّعى شُبْهَةً، كما إذا وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ، وقال: ظَنَنْتُهَا تَحِلُّ لي، وهو ممن يَجُوزُ أن يُشْتَبَهَ عليه مثْلُهُ، حَلَفَ، وسقط بِحَلِفِهِ الحَدُّ، ولَزِمَ المَهْرُ، وسمع الدعوى. ويجري التَّحْلِيفُ في القِصَاصِ، وحَدِّ القذف، وكذا في الشَّتْمِ، والضَّرْبِ الموجِبَيْنِ للتعزير.

الثالثة: لو ادَّعى على القاضي: أنه ظَلَمَهُ في الحُكْمِ، أو على الشَّاهِدِ أنه تَعَمَّدَ الكَذِبَ، أو غَلِطَ، أو ادَّعى عليه ما يُوجِبُ سُقُوطَ شَهَادَتِهِ، فهذا شَيْءٌ لو اعترف القَاضِي، أو الشَّاهِدُ، لأَفَادَ اعترافهما التَّغْرِيمَ، وانتفع به المدعى. لكن مَنْصِبَهُمَا يَأْبَى التَّحْلِيفَ على ما تَقَدَّمَ في آخر الباب الأَوَّلِ من «أدب القضاء». ومرة أخرى في كتاب الدَّعَاوَى.

ولو ادعى على المَعْزُولِ أنه حكم أَيَّامَ قَضَائِهِ عليه ظُلْماً، وأَنْكَرَ، فقد ذكرنا وَجْهَيْنِ في أنه يحلف، أو يُصَدَّقُ بغير يَمِين. والذي[٣] أجاب به في الكتاب ههنا؛ أنه يحلف، فَيُعَلِّمُ بالواو للوجه الآخر. والكَلاَمُ على ما تَبَيَّنَ هناك مَائِلٌ إلى ترجيحه، وهذا في الدعوى التي تَتَعَلَّقُ بالحكم.

أما ما لا يَتَعَلَّقُ بالحكم كَدَعْوَى الأَمْوَالِ وغيرها، فَسَبِيلُهُ سَبِيلُ سَائِرِ الناس في الخُصُومَاتِ الشَّرْعِيَّةِ، ويُحْكَمُ فيها بينه وبين المُدَّعِي خَلِيفَتُهُ، أو قَاضٍ آخر.

الرابعة: [الصبي][٤] إذا ادَّعَى البُلُوغَ بالاحْتِلاَمِ في وَقْتِ الإِمْكَانِ، صُدِّقَ، ولا يَحْلِفُ على ما بَيَّنَّاهُ في الإِقْرَارِ. ومن ادُّعِيَ عليه شَيْءٌ فقال: أنا صَبِيٌّ بَعْدُ، وهو محتمل، لم يَحْلِفْ ووقفت الخُصُومَةُ إلى أن يُتَحَقَّقَ بُلُوغُهُ. وإن وقع في السَّبْيِ من أَنْبَتَ، وقال: اسْتَنْبَتُّ الشَّعَرَ بالعِلاَجِ، وأنا غير بَالِغٍ، فهذا يُبْنَى على أن إِنْبَاتَ العَانَةِ عين البلوغ، أو عَلاَمَتُهُ، وفيه قولان قد سَبَقَ ذِكْرُهُمَا في الحَجْرِ.

فإن قلنا بالأَوَّلِ، فلا حَاصِلَ لكلامه، وإن قلنا بالثاني ـ وهو الأَصَحُّ ـ فالمشهور، والمنقول عن النص: أنه يَحْلِفُ، وفيه إِشْكَالٌ من جِهَةِ أنه يدعي الصبا، وتحليف من يدعي الصبا لا وَجْهَ له على ما تَقَرَّرَ في الإِقْرَارِ. فعن أبي الحُسَيْنِ [بن القَطَّانِ][٥] أن هذا التَّحْلِيفَ نَوْعُ احْتِيَاطٍ، واسْتِظْهَارٍ، وكذلك، ذكره القَفَّالُ في «شرح التلخيص».

---

(١) في أ: ماله.
(٢) في أ: فإذا.
(٣) في أ: فالذي.
(٤) سقط في: ز.
(٥) سقط في: أ.

وقَضِيَّةُ كَلاَمِ الأكثرين أنه وَاجِبٌ، وصَرَّحَ به القاضي الروياني، ونَفَى الخِلاَفَ فيه، واعتمد هؤلاَء في تَحْلِيفِهِ على دَلِيلِ الإِنْبَاتِ، وقالوا: كيف يترك[1] الدليل الظَّاهِرِ بزَعْمِ مُجَرَّدٍ؟ وإذا حَلَفَ، فإن حلف أُلْحِقَ بالذَّرَارِي وَحُقِنَ دَمُهُ، وإن نَكَلَ، فالذي حَكَاهُ ابنَ القَاصِّ عن النَّصِّ: أنه يُقْتَلُ وَعَدَّهُ في جملة صُوَرٍ، ادعى أنه يحكم فيها بالنُّكُولِ على خِلاَفِ المشهور من مَذْهَبِ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وقال غيره: ليس هذا حُكْماً بالنُّكُولِ، ولكن قام الدليل على البلوغ، ولم يَظْهَرْ دَافِعٌ، فَأُجْرِيَ عليه حُكْمُهُ.

وفي المسألة وراء[2] المنقول عن النص وجوه:

أحدها: أنه يُخَلَّى[3] ولا يقضى عليه بالقَتْلِ.

والثاني: أنه يُحْبَسُ حتى يَحْلِفَ، أو يقر.

والثالث: وهو المذكور في الكتاب: أنه يُحْبَسُ إلى تَحَقُّقِ بُلُوغِهِ، ثم يحلف على ما ادَّعَاهُ من الاسْتِعْجَالِ، فإن لم يحلف فيقتل وهذا يحترز[4] من تحليف من يدعي أنه صَبِيٌّ. واعلم أَنَّ صُورَةَ دَعْوَى الاسْتِنْبَاتِ بالعِلاَجِ، قد جرى لها ذِكْرٌ في باب السِّير، إلا أن المذكور هناك: أنه إذا حَلَفَ، يُصَدَّقُ. والمذكور ها هنا الطَّرَفُ الآخَرُ، وهو أنه إذا نَكَلَ، ماذا يفعل؟

الخامسة: ادعى مُدَّعٍ دَيْناً على مَيِّتٍ، أو ادعى أنه أَوْصَى له بِشَيْءٍ، وللميت وَصِيٌّ في قَضَاءِ الدُّيُونِ، وتَنْفِيذِ الوَصَايَا، فأنكر، نُظِرَ، إن كان للمدعي بَيِّنَةٌ، حُكِمَ بها، وإن لم يكن له بَيِّنَةٌ، وأراد تَحْلِيفَ الخَصْمِ على نَفْيِ العلم بذلك، لم يمكن[5] لأن مَقْصُودَ التَّحْلِيفِ، أن يُصَدِّقَ الخَصْمُ، فيقر إن كان المدعي مُحِقّاً.

والوصي لا يُقْبَلُ إقراره بالدَّيْنِ، والوَصِيَّةِ، فلا معنى لِتَحْلِيفِهِ[6].

نعم، لو كان وَارِثاً فحلف[7] بحقِّ الوِرَاثَةِ، وقَيِّمُ القاضي في ذلك كالوَصِيِّ، ومن عليه حق إذا طالبه به مُطَالِبٌ، وزَعَمَ أنه وَكِيلُ صَاحِبِ الحق، ولم يأت بِبَيِّنَةٍ وأراد

---

(١) في ز: يقول.
(٢) في ز: ورد.
(٣) في ز: يحكى.
(٤) في ز: تحيرز.
(٥) في ز: يكن.
(٦) وذلك لأن صاحب الدين يشترط تحليفه على نفي المسقطات للدين، وفي المسألة نظر لأن الوصي إذا علم الدين وأنكر تبريد جلدة الميت ولم يعلم الحاكم بذلك فلم لا يقضيه الوصي العالم به من ماله لكن قد يقال يمينه على نفي المسقطات من الإبراء ونحوه مستحقة فكيف يستقل بإيفاء الدين وكيف يغرم الوصي من غير ضمان ولا سبب يوجب ذلك.
(٧) في أ: فيحلف.

تَحْلِيفَهُ على نَفْي العلم بالوِكَالَةِ، لم يُمَكَّنْ؛ لأنه وإن اعترف بالوكَالَة، لا يَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ من حيث إنه لا يَأْمَنُ جحود صاحب الحَقِّ الموكل[1]. هذا ما أَطْلَقَهُ في الكتاب، وهو مُسْتَمِرٌّ على ظاهر المذهب، لكن قد مَرَّ في آخر كتاب الوكَالَةِ نقل خلاف في أنه هل يَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ إذا اعترف بالوكَالَةِ؟ وبَيَّنَّا أنه إن لَزِمَهُ، كان للمُدَّعِي تَحْلِيفُهُ، وأنه وإن لم يَلْزَمْهُ التسليم يُمَكَّنَ من تحليفه أيضاً.

إذا قلنا: إن اليَمِينَ المَرْدُودَةَ كالبَيِّنَةِ.

فيجوز أن يُعَلَّمَ لذلك[2] قوله ههنا: «ولا يحلف من ينكر الوِكَالَة» بالواو وقياس ما نَقَلْنَا هناك إعلامه بالحاء، والزاي، أيضاً.

ثم هذه المَسَائِلُ مَخْتُومَةٌ بِفَرْعٍ، وهو أن الوَكِيلَ بالخُصُومَةِ، هل له إِقَامَةُ البَيِّنَةِ على وِكَالَتِهِ من غير حُضُورِ الخصم؟ فيه وجهان:

حكى الإِمَامُ عن القاضي الحُسَيْنِ، أنه لاَ بُدَّ منه؛ لأنه حق عليه، وعن غيره، أنه لا حَاجَةَ إليه؛ لأنه يثبت وِلاَيَةً لنفسه. وذكرنا في الوِكَالَةِ أن الإِمَامَ حكى عن القَاضِي، إذا كان الخَصْمُ غَائِباً عن البَلَدِ، ينصب القاضي مسخراً عنه، كان المُرَادُ ههنا ما إذا كان حَاضِراً في البَلَدِ، وهناك ما إذا كان غَائِباً عن البَلَدِ، والأَظْهَرُ سَمَاعُ البَيِّنَةِ، وأنه لا حَاجَةَ إلى حضوره، ولا إلى نَصْبِ مسخرٍ.

ولو وكل بالخُصُومَةِ في مَجْلِسِ الحكم، استغنى عن حُجَّةٍ يُقِيمُهَا، إن كان الخَصْمُ حَاضِراً هناك، وإن لم يكن، فَلْتَبْنَ[3] على أن القاضي هل يقضي بعلمه؟

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا حُكْمُ اليَمِينِ فَهُوَ انْقِطَاعُ الخُصُومَةِ في الحَالِ لاَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ بَلْ لِلمُدَّعِي بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ وَيَعْتَذِرَ بِأَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ لَهُ بَيِّنَةً، فَإِنْ أَقَرَّ بِأَنَّهُ لاَ بَيِّنَةَ لَهُ حَاضِرَةً وَغَائِبَةً فَفِي القَبُولِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: كَذَبَ شُهُودِي بَطُلَتِ البَيِّنَةُ، وَفِي بُطْلاَنِ دَعْوَاهُ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ تَبْطُلُ فَادَّعَىٰ الخَصْمُ إِقْرَارَهُ بِكَذِبِ الشُّهُودِ وَأَرَادَ أَنْ يُقِيمَ عَلَيْهِ شَاهِداً وَيَحْلِفَ مَعَهُ لِيُسْقِطَ البَيِّنَةَ لَمْ يَجُزْ لِأَنَّ مَقْصُودَه الطَّعْنُ، وَإِنْ قُلْنَا: تَبْطُلُ دَعْوَاهُ جَازَتِ الحُجَّةُ النَّاقِصَة لِإِسْقَاطِ الدَّعْوَىٰ بِالمَالِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الطَرف الرابع: فَائِدَةُ اليَمِينِ وحُكْمُهَا، وهو انْقِطَاعُ الخصومة، والمُطَالَبَة في الحال، ولا سُقُوط الحق، وبَرَاءَة الذِّمَّةِ.

---

(١) في ز: التوكيل.
(٢) في ز: كذلك.
(٣) في ز: فليبين.

رُوِيَ عن ابن عَبَّاس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ أَمَرَ رَجُلاً بعدما حَلَفَ بالخروج من حَقِّ صَاحِبِهِ(١)، كأنه عَرَفَ أنه كاذبٌ، فَدَلَّ أن اليمين، لا تُوجِبُ البَرَاءَةَ.

فلو أقام المُدَّعِي بَيِّنَةً بعدما حلف المُدَّعَى عليه، سُمِعَتْ، وقُضِيَ بها. وكذا لو رُدَّتِ اليمين على المُدَّعِي، ونَكَلَ، ثم أقام بَيِّنَةً.

وهذا إذا لم يتعرض وقت التحليف للبَيِّنَةِ، وإن كان قد قال حينئذ: لا بَيِّنَة لي حَاضِرَةٌ، ولا غائبة، فهذه الصُّورَةُ قد ذكرنا في شرح الفصل الثَّانِي من الباب الثاني من «أدب القضاء»، مَضْمُومَة إلى الصورة التي أَوْرَدَهَا هناك، وهي أن يقول: لا بَيِّنَةَ، واقتصر عليه. وفيهما جَمِيعُ الخلاف. والأَظْهَرُ السماع أيضاً، وَبَيَّنَّا هناك أنه لو قال: لا بَيِّنَةَ لي حَاضِرَةٌ، ثم جاء ببينة سمعت فَلَعَلَّهَا حضرت.

وأنه لو قال: لي بَيِّنَةٌ، ولكن لا أُقِيمُهَا، وأريد يمينه، يُجِيبُهُ القاضي إليه، ويحلفه. هذا هو المَشْهُورُ. وفي فتاوى القَفَّالِ: أنه لا يَجِبُ على القاضي تَحْلِيفُهُ، بل يقول: أَحْضِرِ البَيِّنَةَ. هذه إحدى مسألتي الفصل.

والثانية: لو أن مُدَّعِياً أقام على ما يَدَّعِيهِ شُهُوداً، ثم قال: كَذَبَ شُهُودِي، أو شَهِدُوا مبطلين، فلا شَكَّ في سقوط بَيِّنَتِهِ، وامتناع الحكم.

وفي بُطْلاَنِ دَعْوَاهُ وَجْهَانِ عن صاحب «التقريب»: تبطل، وينزل تَكْذِيبُهُ الشُّهُودَ مَنْزِلَةَ تكذيبه نَفْسَهُ، وليس له أن يُقِيمَ بعد ذلك بَيِّنَةً أخرى.

وأظهرهما: المَنْعُ، لاحتمال أن يكون هو مُحِقّاً في دَعْوَاهُ، والشهود مبطلين؛ لِشَهَادَتِهِمْ بما لا يحيطون به عِلْماً، وفي مثل ذلك يقول الله تَعَالَىٰ: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ

---

(١) أخرجه أحمد [١/٢٩٦ ـ ٣٢٢] والنسائي والحاكم [٤/٩٥ ـ ٩٦] من حديث عطاء بن السائب عن أبي يحيى الأعرج، عن ابن عباس قال: جاء رجلان يختصمان في شيء إلى رسول الله ﷺ، فقال للمدعي: أقم البينة، فلم يقمها، فقال للآخر: احلف، فحلف بالله الذي لا إله إلا هو ماله عندي شيء، فقال رسول الله ﷺ: بلى قد فعلت، ولكن غفر لك بإخلاص قول لا إله إلا الله، وفي رواية الحاكم فقال: بل هو عندك، ادفع إليه حقه، ثم قال: شهادتك أن لا إله إلا الله كفارة يمينك، وفي رواية أحمد: فنزل جبرئيل على النبي ﷺ فقال: إنه كاذب، إن له عنده حقه، فأمره أن يعطيه وكفارة يمينه معرفة لا إله إلا الله، وأعله ابن حزم بأبي يحيى، قال: وهو مصدع المعقب، وكذا قال ابن عساكر: إنه مصدع، وتعقبه المزي بأنه وهم، قال: بل اسمه زياد، كذا سماه أحمد والبخاري وأبو داود [٣٢٧٥] في هذا الحديث، وأعلم أبو حاتم برواية شعبة عن عطاء بن السائب عن البختري بن عبيد، عن ابن الزبير مختصراً: أن رجلاً حلف بالله كاذباً فغفر له، قال: وشعبة أقدم سماعاً من غيره، وفي الباب عن أنس من طريق الحارث بن عبيد عن ثابت عنه، قال أبو حاتم: ورواه حماد بن سلمة عن ثابت عن ابن عمر، قلت: أخرجهما البيهقي [١٠/ ١٨٠] والحارث بن عبيد هو أبو قدامة. قاله الحافظ في التلخيص.

لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ﴾ [المنافقون ـ ١].

وبُنِيَ على الوجهين، ما إذا أَقَامَ المُدَّعِي شُهُوداً، فزعم المُدَّعَى عَلَيْهِ أن المدعي أَقَرَّ بأن شُهُودَهُ كَذَبَةٌ، وأقام عليه شاهداً وَاحِداً، وأراد أن يَحْلِفَ معه، هل يُمَكَّنُ؟ وهل يُحْكَمُ بشاهده ويمينه؟ إن قلنا: هذا الإِقْرَارُ لا يُبْطِلُ أَصْلَ الدعوى، فلا؛ لأن المَقْصُودَ حينئذ الطَّعْنُ في الشهود، وإِخْرَاجُ شهاداتهم عن أن يُحْكَمَ بها، وجرح الشهود، والطَّعْنُ فيهم، لا يَثْبُتُ بشاهد ويَمِينٍ، وإن كانت الشهادة في مَالٍ.

وإن قلنا: إنه يبطل أصل الدعوى، مُكِّنَ؛ لأن المَقْصُودَ، والحالة هذه، إِسْقَاطُ الدعوى بالمال، فهو بِمَثَابَةِ، ما لو ادَّعَى الإِبْرَاءَ؛ فإنه يثبت بشاهد ويمين.

فروع:

مما جمع في «فتاوى القَفَّالِ» وغيره:

أقام شَاهِدَيْنِ في هذه الحَادِثَةِ؛ أنهما اسْتَبَاعَا الدَّارَ منه، واندفعت شَهَادتهما[١]، ولو أقام شَاهِدَيْنِ على أن هذه الدَّارَ مِلْكُهُ، فأقام المَشْهُودُ عليه شَاهِدَيْنِ، على أن شاهدي المدعي[٢] قد قالا: لا شَهَادَةَ لنا في ذلك، فسألهما الحاكم: متى قال ذلك شَاهِدَا المُدَّعِي؟ فإن قالا: قالاه أَمْسِ، أو منذ شهر، لم يندفع بشهادتهما بذلك؛ لأنهما قد لا يَكُونَا شَاهِدَيْنِ، ثم يَصِيرا شَاهِدَيْنِ.

وإن قَالاَهُ حين قَصَدْنَا لإِقَامَةِ الشَّهَادَةِ، اندفعت شَهَادَتُهُمَا.

ولو أقام المَشْهُودُ عليه شَاهِدَيْنِ، أن المدعي أَقَرَّ بأن شاهديه شَرِبَا الخَمْرَ وَقْتَ كذا، فإن طَالَتِ المُدَّةُ بينه وبين أَدَاءِ الشهادة، لم يَقْتَضِ ذلك رَدَّ الشَّهَادَةِ. وإن كانت المُدَّةُ يَسِيرَةً، رُدَّتْ، شهادتهما.

وإن شَهِدَا أنه أَقَرَّ بأنهما شَرِبَا الخَمْرَ من غير تَعْيِينِ وَقْتٍ، سُئِلَ المدعي عن وَقْتِهِ، وحُكِمَ بما يَقْتَضِيهِ تعيينه.

ولو أَقَامَ المُدَّعِي بَيِّنَةً، ثم قال للقاضي: لا تَحْكُمْ بشيء حتى تُحَلِّفَهُ، كانت بَيِّنَتُهُ

---

(١) قال في القوت: إن عبارة الرافعي ومما جمع من فتاوى القفال وغيره أقام شاهدين أن هذه الدار ملكه ورثها من أبيه فقال المدعى عليه إن شاهدي المدعي ذكرا بعد موت الأب أنهما ليسا بشاهدين في هذه الحادثة أو أنهما ابتاعا هذه الدار منه اندفعت شهادتهما. انتهى.
قال أعني صاحب القوت ويشبه أنه سقط من نسخة الأصل من قول شاهدين إلى قوله شاهدين ثانياً فأصلحه ما ذكره.

(٢) في أ: الدعوى.

بَاطِلَةً، ووجه ذلك بأنه كالمعترف بأن بَيِّنَتَهُ مما لا يَجُوزُ الحكم بها[(١)(٢)].

وقوله في الكتاب: «ويعذر بأنه لم يَعْلَمْ أن له بَيِّنَةً». هذا الاعْتِذَارُ ليس بِشَرْطٍ لإقامة البَيِّنَةِ، على ما تَقَرَّرَ من أصلنا. نعم، حُكِيَ في «التهذيب»: أن مالكاً قال: إن كان عالماً عند التَّحْلِيفِ أنه له بَيِّنَةً، بَطَلَ حَقُّهُ عن البينة، يجوز أن يُعَلَّمَ لذلك قوله: «بل للمدعي بعد ذلك أن يُقِيمَ البَيِّنَةَ» بالميم. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: حَلَّفَنِي مَرَّةً فَلْيَحْلِفْ عَلَى أَنَّهُ ما حَلَّفَنِي سُمِعَ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، فَلَوْ أَجَابَهُ بِأَنَّهُ حَلَّفَنِي مَرَّةً عَلَى أَنَّنِي مَا حَلَّفْتُهُ فَلْيَحْلِفْ عَلَى أَنَّهُ مَا حَلَّفَنِي لَمْ يُسْمَعْ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَسَلْسَلُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا طلب المُدَّعِي يَمِينَ المُدَّعَى عليه، بين يَدَي الحَاكِمِ، فقال المُدَّعَى عليه للحاكم: قد حَلَّفَنِي مَرَّةً على هذا بِالْتِمَاسِهِ، وليس له تَحْلِيفِي، فإن كان القاضي يَحْفَظُ ما يقوله، لم يحلفه. ومنع المدعي مما يَبْغِيهِ، وإن لم يحفظه، حَلَّفَهُ، ولا تَنْفَعُ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ فيه؛ لما مَرَّ أن القاضي متى يذكر حكمه، أَمْضَاهُ، وإلا لم يعتمد على البَيِّنَةِ. وعن ابن القَاصِّ: يجوز سَمَاعُ البَيِّنَةِ فيه، حكاه القاضي أبو سَعْدٍ الهروي. وحَقُّهُ الطَّرْدُ في كل باب. وإن قال حَلَّفَني عند قَاضٍ آخر، أو أطلق، وأراد تَحْلِيفَهُ عليه، فوجهان عن أبي سَعِيدٍ الإصطخري:

أحدهما: المنع؛ ويُحْكَى هذا عن ابن القَاصِّ، وذلك لأنه لا يَأْمَنُ أن يَدَّعِيَ المُدَّعِي أنه حَلَّفَهُ على أنه ما حلفه. وهكذا يَدُورُ الأَمْرُ، ولا ينفصل.

وأظهرهما: وهو المذكور في «التهذيب» وغيره: أنه يُمَكَّنُ منه؛ لأنه محتمل غير مستبعد، ولا يُسْمَعُ مِثْلُ ذلك من المدعي، كيلا يَتَسَلْسَلَ، وعلى هذا، فإن كانت له

---

(١) في ز: به.

(٢) قال النووي: هذا مشكل، فقد يقصد تحليفه ليقيم البينة، ويظهر إقدامه على يمين فاجرة، أو غير ذلك من المقاصد التي لا تقتضي قدحاً في البينة، فينبغي أن لا تبطل البينة. والله أعلم.
قال في القوت: هذا عجيب إذ الغرض أنه أقام البينة والظاهر أن كلام القفال حصل في نقله خلل والصواب ما قدمته والذي قدمه بعد كلام سبق له ما نصه وكذا لو أقام بينة فقبل أن يحكم قال لا تحكم بشيء حتى تحلفه لم يسمع منه إلا أن يريد أن بينته باطلة، قال وظاهر هذا الكلام أن مجرد قوله لا يحكم حتى يحلفه لا يقدح في البينة بمجرده، ثم ساق عبارة الرافعي والروضة وذكر ما قدمته.
وقال في الخادم: إن صاحب المطلب قال بعد نقله كلام الروضة هذا الكلام من سبق فهمه إلى أن المسألة مصورة بما إذا قال ذلك قبل إقامة البينة وهي مصورة بما إذا قاله بعد إقامتها فبطل كل ما أبداه من الفائدة.

بَيِّنَةٌ، أقامها، وتخلص عن الخُصُومَةِ، وإن استمهل ليقيم[١] البَيِّنَةَ، فقياس البَيِّنَاتِ الدَّوَافِعِ أن يُمْهَلَ ثلاثاً[٢]. وعن القاضي الحسين: أنه قال: أَرَى ألا يُمْهَلَ أَكْثَرَ من يوم؛ لأنه كالمُرَاوِغِ المُتَعَنِّتِ. وإن لم تكن بَيِّنَةٌ، حلف المدعي: أنه ما حَلَّفَهُ، ثم يُطْلَبُ المَالُ[٣].

وإن نَكَلَ، حَلَفَ المُدَّعَى عليه، وسَقَطَتِ الدعوى، فلو أراد أن يَحْلِفَ يمين[٤] الأصل، لا يمين التحليف المَرْدُودَة عليه.

قال في «التهذيب»: ليس له ذلك، إلا بعد اسْتِئْنَافِ الدَّعْوَى؛ لأنهما الآن في دَعْوَى أخرى. ولو قال المدعي في جَوَابِ المُدَّعَى عليه: قد حَلَّفَنِي مَرَّةً على أني ما حَلَّفْتُهُ مَرَّةً، وأراد تَحْلِيفَهُ، لم يجب؛ لأنه يُفْضِي إلى ما لا يَتَنَاهَى.

ولو ادعى مالاً على رَجُلٍ، فأنكر، وحلف، ثم جاء المُدَّعِي بعد أيام، وقال: حَلَفْتُ يومئذ لأنك كنت مُعْسِراً، ولم يلزمك تَسْلِيمُ شَيْءٍ إِلَيَّ، فقد أَيْسَرْتَ الآن فهل تُسْمَعُ؟

فيه وجهان:

في وجه: تُسْمَعُ، ويحلف المدعى عليه لإِمْكَانِهِ.

وفي وجه: لا؛ لأنه لا يَتَنَاهَى، ويفضي إلى ألا يَنْفَصِلَ الأَمْرُ بينهما بحال[٥].

فروع:

إنما يحلف المُدَّعَى عليه إذا طلب المُدَّعِي يَمِينَهُ، فإن لم يطلب فلم يقلع عن المُخَاصَمَةِ، لم يحلفه القاضي، ولو حلفه، لم يُعْتَدَّ بتلك اليَمِينِ. وحكى أبو الفَرَجِ الزَّازُ وَجْهاً آخر: أنه لا يَتَوَقَّفُ التَّحْلِيفُ على طلبه؛ لأن للمدعى عليه عِوَضاً عن[٦] اليمين، وهو سُقُوطُ المُطَالَبَةِ والمُلاَزَمَةِ، وادعى أن هذا الوَجْهَ أَصَحُّ، ونقله القاضي أبو سَعْدٍ الهَرَوِيُّ عن القَفَّالِ الشاشي والمشهور الأَوَّلُ، وإن امتنع من تحليفه بالدعوى

(١) في ز: لقيم. (٢) في ز: فلاناً.

(٣) قال الشيخ البلقيني: هذا وهم، وصوابه ثم يطلب حلف المدعى عليه بالنسبة إلى أصل الدعوى، فإن حلف انقطعت الخصومة، وإن نكل ردت على المدعي فيحلف على استحقاق المال، فإن قيل الدعوى الأولى قد بطلت؛ ولهذا قال البغوي: لا بد من استئناف الدعوى، قلنا: هذا الذي ذكره البغوي مردود، فالدعوى باقية لم تبطل، والذي جرى من العارض قد زال حكمه فلا وجه لإبطال الدعوى، ألا ترى أن المدعي في الدم لو ادعى عهداً فاستفصل فذكر في الاستفصال ما ليس بعمد لا تبطل أصل الدعوى على الأصح، وها هنا لا تبطل الدعوى قطعاً؛ لأن الذي جرى يتعلق بالدعوى الأصلية، فلما انفصل أمره عدنا إلى أصل الدعوى، انتهى.

(٤) في ز: اليمين. (٥) قال النووي: الأصح أنه يسمع إلا إذا تكرر.

(٦) في ز: في.

السَّابِقَةِ، جاز؛ لأنه لم يسقط حَقّه عن اليمين[١].

فإن قال: أَبْرَأْتُكَ عن اليمين، سقط حَقُّهُ من اليمين في هذه الدَّعْوَى، وله اسْتِئْنَافُ الدعوى، وتحليفه، ذكره في «التهذيب»[٢].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الرَّابِعُ: النُّكُولُ وَلاَ يَثْبُتُ الحَقُّ به وَلَكِنْ تُرَدُّ عَلَى المُدَّعِي إِذَا تَمَّ نُكُولُهُ، وَيَتِمُ بِأَنْ يَقُولَ لاَ أَحْلِفُ أَوْ أَنَا نَاكِلٌ أَوْ سَكَتَ وَقَالَ القَاضِي: قَضَيْتُ بالنُّكولِ أَوْ قَالَ لِلْمُدَّعِي: أَحْلِفْ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَعْرِضَ القَاضِي اليَمِينَ ثَلاَثَ مَرَّاتٍ وَيَشْرَحَ لَهُ حُكْمِ النُّكُولِ، فَإِنْ لَمْ يَشْرَحْ وَقَضَى بِالنُّكُولِ فَرَجَعَ وَقَالَ: لَمْ أَعْرِفْ حُكْمِ النُّكُولِ فَفِي جَوَازِ الحَلِفِ خِلاَفٌ، وَحَيْثُ مَنَعْنَاهُ فَلَوْ رَضِيَ المُدَّعِي بِيمِينِهِ فَفِي جَوَازِهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أنكر المُدَّعَى عليه، واسْتُحْلِفَ، فَنَكَلَ عن اليمين، لم يُقْضَ عليه بالنُّكُولِ، ولكن تُرَدُّ اليَمِينُ على المدعي، فإذا حَلَفَ قُضِيَ له. وعند أبي حَنِيفَةَ، وأحمد: يُقْضَىٰ على المدعى عليه بِنُكُولِهِ. واستثنى أبو حنيفة القِصَاصَ في النَّفْسِ، ووافقنا مَالِكٌ على: أنه لا يُقْضَى بالنكول، لكن قال: ما يثبت بِشَاهِدٍ ويَمِينٍ، يردّ فيه اليمين على المُدَّعِي، وما لا يثبت بشاهد ويمين، لا تُرَدُّ فيه اليَمِينُ؛ بل يُحْبَسُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ حتى يحلف أو يقر. واحتج الأَصْحَابُ بما رُوِيَ عن ابن عُمَرَ ـ رضي الله عنهما ـ: أن النبي ﷺ رَدَّ اليمين على طَالِبِ الحَقِّ.

[وعن عمر ـ رضي الله عنه ـ تحويلُ اليَمِينِ إلى المُدَّعِي،][٣] قالوا: والنكول، كما يُحْتَمَلُ أن يكون تورعاً[٤] عن اليمين الكَاذِبَةِ، يُحْتَمَلُ أن يكون تَوَرُّعاً عن اليمين الصَّادِقَةِ؛ فلا يُقْضَىٰ به مع التَّرَدُّدِ، والاحتمال إذا عرف ذلك، فلو لم يعرف المدعي

---

(١) قال في الروضة على نحو ما قاله الرافعي هنا، وتعقب فقال في الخادم: تبع في هذا بعض النسخ السقيمة، والثابت في نسخة معتمدة وإن امتنع من تحليفه بعد الدعوى، لكن الرافعي إنما أخذ هذا من التهذيب وعبارته، وكذا الكافي ولو امتنع المدعي من تحليفه ثم أراد تحليفه بالدعوى السابقة له ذلك، وهذا هو الصواب فكأنه سقط من نسخة الرافعي من تحليفه إلى تحليفه، ولهذا قال الشيخ في المهذب: فإن أمسك المدعي عن إحلاف المدعى عليه ثم أراد أن يحلفه بالدعوى المتقدمة، جاز. قال الفارقي: ولا فرق بين أن يكون في هذا المجلس أو غيره طال الفصل أم لا. انتهى.

(٢) قال في الخادم: قال ابن الرفعة ولعله مبني على مذهب العراقيين الذي سيذكره، أما إذا قلنا بمذهب المراوزة، أي: وهو الذي رجحه الرافعي فيظهر أنه لا يشرع له الدعوى ثانياً.
وقال الفارقي: إنما يملك الاستئناف في مجلس آخر، وفي هذا المجلس إذا تخلل بين الدعوى الأولى والثانية زمان يحصل به الفصل بينهما.

(٣) سقط في: أ. (٤) في ز: تحرراً.

تَحْوِيلَ اليمين إليه بنكول[(١)] المدعى عليه، عَرَّفَهُ القاضي، وبين أنه إن حَلَفَ، استحق، وإنما يَحْصُلُ النكول، بأن يعرض القاضي اليَمِينَ عليه، فيمتنع، وفُسِّرَ العَرْضُ؛ بأن يقول: قُلْ: واللَّهِ، والامْتِنَاعُ، بأن يقول: لا أَحْلِفُ، وأنا نَاكِلٌ.

قال الإمام: وقوله: قل: والله، ليس أَمْراً جَازِماً، وإنما المُرَادُ بأنه[(٢)] وَقْت اليمين المُعْتَدِّ بها للمدعى عليه. ولو قال: احلف، فقال: لا، فهذا ليس بنكول. ولو ابْتَدَرَ حين سَمِعَ هذه الكلمة، وحَلَفَ لم يعتد به؛ لأنه استخبار لا اسْتِحْلاَفٌ. ولو قال: احْلِفْ، فقال: لا أحلف، ففي «التهذيب»: أنه ليس بِنُكُولٍ أيضاً.

وقال الإمام: هو نكول، وهو وَاضِحٌ، ولا فَرْقَ بين قوله: قل: باللَّهِ، وبين قوله: احلف بالله[(٣)]. ولو اسْتُحْلِفَ فلم يحلف، ولا تَلَفَّظَ بأنه ناكل[أو][(٤)] ممتنع، فسكوته نكول، كما أن السُّكُوتَ عن الجواب في الابْتِدَاءِ نَازِلٌ مَنْزِلَةَ الإِنْكَارِ ثم ذكر الإمام وغيره: أنه إن صرح بالنُّكُولِ، فلا حَاجَةَ إلى حكم القاضي بأنه نَاكِلٌ، وإن سكت فَيَحْكُمُ القاضي بأنه نَاكِلٌ، ليثبت[(٥)] عليه [رد][(٦)] اليمين.

وقول القاضي لِلْمُدَّعِي: احلف، نَازِلٌ مَنْزِلَةَ قوله: حَكَمْتُ بأن المدعى عليه نَاكِلٌ، وهذا ما أَرَادَهُ بقوله، ويتمّ بأن يقول: لا أَحْلِفُ، أو أنا نَاكِلٌ، [أو][(٧)] سكت، فقال القاضي: قَضَيْتُ بالنُّكُولِ، أو قال للمدعي: احلف، فقوله: «أو سكت» مُتَعَلِّقٌ بقوله، «بأن يقول: لا أَحْلِفُ». وقوله: «أو قال للمدعي»: احلف مُتَعَلِّقٌ بقوله: «أو قال القَاضِي: قَضَيْتُ بالنكول».

وإنما يَحْكُمُ القاضي بأنه نَاكِلٌ، إذا لم يَظْهَرْ كون السُّكُوتِ لِدَهْشَةٍ، أو غَبَاوَةٍ، ونحوهما ويُسْتَحَبُّ للقاضي أن يَعْرِضَ اليَمِينَ على المُدَّعَى عَلَيْهِ ثَلاَثَ مرات؛ والاسْتِحْبَابُ فيما إذا سَكَتَ، أكثر منه فيما إذا صرّح بالنكول.

وعن أبي حَنِيفَةَ أن العَرْضَ ثَلاَثاً، شرط. فإذا تفرس فيه سلامة جانب، شرح له حكم النُّكُولِ، فإن لم يَشْرَحْ، وحكم بأنه نَاكِلٌ. قال المدعى عليه: لم أَعْرِفْ حُكْمَ النكول، ففي نفوذ الحكم احْتِمَالاَنِ:

قال الإمام: أظهرهما: النفوذ، وكان من حَقِّهِ أن يبحث، ويعرف قبل أن يَنْكُلَ، ولو أراد المُدَّعَى عَلَيْهِ بعد الامْتِنَاعِ أن يعود، فيحلف، نظر: إن كان ذلك بعد أن حَكَمَ

---

(١) في ز: نكول.
(٢) في ز: إبانة.
(٣) في أ: أتحلف بالله.
(٤) سقط في: أ.
(٥) في ز: الترتيب.
(٦) سقط في: أ.
(٧) سقط في: أ.

القاضي بأنه نَاكِلٌ، أو قال لِلْمُدَّعِي: احلف، لم يكن له الحَلِفُ. وإن أَقْبَلَ عليه يحلفه، ولم يقل [له][(١)] بعد: احلف، فهل هو كما لو قال: احْلِفْ؟ فيه وجهان عن القاضي الحُسَيْنِ. وإن لم يَجْرِي شيء من ذلك، فله الحَلِفُ حتى لو هَرَبَ المُدَّعَى عَلَيْهِ قبل أن يَحْكُمَ القاضي عليه؛ بأنه نَاكِلٌ وقبل أن تُعْرَضَ اليَمِينُ على المُدَّعِي، لم يكن للمدعي أن يَحْلِفَ اليَمِينَ المَرْدُودَةَ، وكان للمدعى عليه الحَلِفُ، إذا عاد. هكذا أَطْلَقَ صاحب «التهذيب»، وغيره. وقضيته؛ التَّسْوِية بين التَّصْرِيح بالنُّكُولِ، وبين السُّكُوتِ، حتى لا يمتنع[(٢)] من العَوْدِ إلى اليمينِ في الحَالَتَيْنِ إلا بعد الحُكْمِ بأنه نَاكِلٌ، أو بعد عَرْضِ اليمين على المُدَّعِي.

وقد يُفْهَمُ مِنْ قول مَنْ قال: إنه لا حَاجَةَ عند التَّصْرِيحِ بالنُّكُولِ إلى حكم الحاكم، امْتِنَاعُ العَوْدِ إلى الحَلِفِ عند التَّصْرِيحِ بالنكول، وإن لم يُوجَدْ حكم ولا عَرْضُ يَمِينٍ، وحيث مَنَعْنَاهُ من العَوْدِ إلى الحلف، فذاك[(٣)]، وإذا لم يرض المدعي.

فإن رَضِيَ فوجهان:

أحدهما: أن حَقَّ حَقِّهِ قد بَطَلَ، فلا يُؤَثِّرُ فيه الرِّضَا.

وأظهرهما: أن له العَوْدَ إليه، فإن الحَقَّ لا يَعْدُوهُمَا.

وقال في «الرقم»: وإذا رَضِيَ بأن يَحْلِفَ المُدَّعَى عليه - والحالة هذه - ثم إنه لم يَحْلِفْ، لم يكن للمدعي أن يَعُودَ إلى يَمِينِ الرَّدِّ؛ لأنه أَبْطَلَ حَقَّهُ، حيث رَضِيَ بيمين المدعى عليه. ولْيُعَلمْ قوله في الكتاب: «ولا يثبت الحقّ» - بالحاء والألف والميم - لما مَرَّ من مَذَاهِبِهِمْ.

وقوله: «ويتم النكول...» إلى آخره في لفظه إِشْكَالٌ؛ فإنه جَعَلَ أَحَدَ طرفي تمام النُّكُولِ حُكْمَ القَاضِي بالنُّكُولِ، ومَعْلُومٌ أن القاضي إنما يَحْكُمُ بالنُّكُولِ، إذا تَمَّ النكول، فكيف يكون تَمَامُ النُّكُولِ بالحكم المَوْقُوفِ على تمام النكول؟ وأراد أن حُكْمَ النُّكُولِ يَثْبُتُ بالتَّصْرِيحِ بالنكول، أو بالسُّكُوتِ، وحكم القاضي.

وقوله: «ففي جَوَازِ الحَلِفِ خِلاَفٌ». أي هل يُنَفَّذُ الحكم بأنه نَاكِلٌ من غير عِلْمِهِ بحكم النُّكُولِ، أو لا يُنَفَّذُ حتى يجوز له الحَلِفُ؟ وعبّر بالخلاف[(٤)] عن الاحْتِمَالَيْنِ اللذين نَقَلْنَاهُمَا عن الإِمَامِ.

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: يمنع.
(٣) في أ: فذلك.
(٤) في ز: عن الخلاف.

فرع:

نقل القاضي الرُّويَانِيُّ في «جَمْعِ الجَوَامِعِ»: أن قَوْلَ القاضي لِلْمُدَّعِي: أتحلف أنت؟ كقوله: احلف حتى لا يَتَمَكَّنَ المُدَّعَى عليه من الحَلِفِ بعد ذلك. قال: وعندي فيه نَظَرٌ. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: ثُمَّ المُدَّعِي إِنْ نَكَلَ فَنُكُولُهُ كَحَلِفِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، فَلَوْ حَلَفَ فَهُوَ كَإِقْرَارِ الخَصْمِ أَوْ كَبَيِّنَتِهِ فِيهِ خِلاَفٌ، وَلاَ شَكَّ فِي أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الحَقَّ بِهِ، وَإِنْ قَالَ المُدَّعِي: أَمْهِلُونِي أَمْهَلْنَاهُ ثَلاَثاً لِأَنَّهُ عَلَىٰ اخْتِيَارِهِ فِي تَأْخِيرِ الطَّلَبِ، أَمَّا المُدَّعَى عَلَيْهِ فَلاَ يُمْهَلُ، فَلَوْ لَمْ يَرْجِعْ بَعْدَ ثَلاَثٍ بَطُلَ حَقُّهُ مِنَ اليَمِينِ وَكَانَ كَنُكُولِهِ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ عَلَى خِيرَتِهِ أَبَداً، وَكَذَا الكَلاَمُ فِيمَا لَوْ أَقَامَ شَاهِداً وَأَرَادَ أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُ ثُمَّ نَكَلَ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لاَ يُقْبَلُ مِنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ إِلاَّ بَيِّنَةٌ كَامِلَةٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المُدَّعِي إذا رُدَّتِ اليَمِينُ عليه؛ إما أن يَحْلِفَ، أو يَمْتَنِعَ.

الحالة الأولى: أن يَحْلِفَ فَيَسْتَحِقُّ المُدَّعَى، ويَمِينُهُ بعد نُكُولِ المُدَّعَى عليه بمنزلة بَيِّنَةٍ يُقِيمُهَا، أو بمنزلة إِقْرَارِ المُدَّعَى عليه؟ فيه قولان:

أحدهما: أنها كالبَيِّنَةِ؛ لأن الحُجَّةَ اليَمِينُ، واليَمِينُ وُجِدَتْ منه.

وأصحهما: وهو المَنْصُوصُ في «المختصر» في بَابِ النُّكُولِ: أنها بِمَثَابَةِ إِقْرَارِ المدعى عليه؛ لأنه بنكوله تَوَصَّلَ إلى الحَقِّ؛ فَأَشْبَهَ إِقْرَارَهُ[1].

وللقولين فُرُوعٌ كثيرة مَذْكُورَةٌ في مَوَاضِعِهَا.

ومنها: أن المُدَّعَى عليه لو أقام بَيِّنَةً على أَدَاءِ المَالِ، أو على الإِبْرَاءِ عنه بعدما حَلِفَ المُدَّعِي؛ فإن جعلنا يَمِينَهُ كبينة[2] سمِعَتْ بَيِّنَةُ المُدَّعَىٰ عليه، وإن جَعَلْنَاهَا كَإِقْرَارِ المُدَّعَى عليه، لم تُسْمَعْ، لكونه[3] مُكَذِّباً لِلْبَيِّنَةِ بالإقرار[4].

(١) قال الشيخ البلقيني: محل ذلك في غير حد الزنا، أما النكول في الزنا فلا يوجب الحد سواء قلنا كالبينة أو كالإقرار.

(٢) في ز: كبينته. (٣) في ز: لنكوله.

(٤) قال الشيخ البلقيني: قوله: «وإن قلنا كالإقرار فلا» ممنوع؛ لأن الإقرار تقديراً ليس فيه تكذيب، كذا قاله في حاشيته وزاد في التصحيح فقال: وهو الذي ذكره الرافعي في كتبه وتابعه المصنف عليه هو شيء انفرد به القاضي الحسين وهو ضعيف، والمذكور في التهذيب في صورة الداخل والخارج يرد على ما ذكره الرافعي هنا، وقد جزم الرافعي فيها على ما في التهذيب، والذي في التهذيب أن بينة الداخل تسمع كما لو أقام الخارج البينة، ثم أطال في ذلك.

وحكى القاضي أبو سَعْدٍ الهَرَوِيُّ اخْتِلاَفاً للأصحاب في: أنه يَجِبُ الحَقُّ بفَرَاغِ المُدَّعِي من اليمين المَرْدُودَةِ، أم لا بد من حكم الحاكم؟ ويمكن أن يُبْنَىٰ هذا على القَوْلَيْنِ، إن جَعَلْنَاهَا كالبَيِّنَةِ. فلا بُدَّ من الحكم، وإن جعلناها كَإِقْرَارِ المُدَّعَى عليه؛ فلا حَاجَةَ إليه. على أن في الإقرار أيضاً خِلاَفاً قد مَرَّ في «أدب القضاء».

[الحالة][1] الثانية: أن يمتنع[2] عن الحَلِفِ، فيسأله القَاضِي عن سَبَبِ امْتِنَاعِهِ، فإن لم يَتَعَلَّلْ بشيء، أو قال: لا أُرِيدُ أن أَحْلِفَ، فهذا نُكُولٌ، ليسقط حَقُّهُ من اليَمِينِ، وليس له مُطَالَبَةُ الخَصْمِ وَمُلاَزَمَتُهُ[3]، ثم قَضِيَّةُ قوله في الكتاب: «أن نكوله كَحَلِفَ المدعى عليه»، ألاَّ يَتَمَكَّنَ من اسْتِئْنَافِ الدعوى، وتحليفه في مَجْلِسٍ آخر، كما لو حَلَفَ المُدَّعَىٰ عليه، فلا ينفع بعد ذلك إلا البَيِّنَةُ.

وكذلك ذكره صاحب «التهذيب»، وصَرَّحَ به الإِمَامُ، ووجّه بأنا لو لم نَقُلْ بهذا، لرفع[4] خصمه كل يوم إلى القَاضِي، والخَصْمُ نَاكِلٌ وهو لا يَحْلِفُ اليَمِينَ المَرْدُودَةَ، فيعظم الخَطْبُ، ولا يَتَفَرَّغُ القاضي من[5] خُصُومَتِهِ إلى شُغلٍ آخر.

والذي ذكره العِرَاقِيُّونَ، والقاضي الروياني أنه لو جَدَّدَ الدعوى في مجلس آخر، ونَكَلَ المُدَّعَىٰ عليه ثانياً يُرَدُّ اليَمِينُ على المُدَّعِي، وهذا ما أَوْرَدَهُ القاضي أبو سَعْدٍ الهروي وَلاَ شَكَّ أن الأَوَّلَ أَحْسَنُ، وأَقْوَى، وإن ذَكَرَ المُدَّعِي لامْتِنَاعِهِ سَبَباً، فقال: أريد أن آتِيَ بالبَيِّنَةِ، أو أَسْأَلَ الفُقَهَاءَ، أو أَنْظُرَ في الحِسَابِ، تُرِكَ، ولم يبطل حَقَّهُ من

(١) سقط في: أ. (٢) في ز: منع.

(٣) قيد الشيخ البلقيني ذلك بقيدين:
أحدهما: أن يكون حلف المدعي يثبت له حقاً يأخذه من المدعى عليه، فإن كان حلفه يسقط حقاً عنه للمدعى عليه، فإنه إذا كان عن اليمين فله مطالبة خصمه بالحق المدعى به كما إذا ادعى على شخص ألفاً من ثمن مبيع فقال أقبضته له فأنكر البائع، فالقول قوله بيمينه في عدم القبض، فإن حلف استحق الألف وإن نكل وحلف المشتري انقطعت الخصومة وإن نكل المشتري عن اليمين أيضاً وهو المدعي للقبض فالصحيح في أصل الروضة في الشركة أن المشتري يلزم بالألف.
قال الرافعي: وليس هذا حكمنا بالنكول وإنما هو مؤاخذة له بإقراره، ويلزم المال بالشراء ابتداءً، ثم قال الشيخ: القيد الثاني ألا يكون هناك حق لله تعالى مؤكد يسقط عن المدعي بحلفه، فإن كان لم يسقط بنكول المدعي عن اليمين وذلك فيما إذا ولدت وطلقها ثم اختلفا فقال الزوج ولدت ثم طلقتك فعليك العدة فقالت بل طلقني، وأنا حامل، ثم ولدت بعد الطلاق فلا عدة عليّ، ولم يتفقا على وقت ولادة ولا طلاق، فالقول قول الزوج بيمينه كما جزم به النووي في الروضة تبعاً للشرح في العدة في الفرع الذي قبل الباب الثاني في اجتماع عدتين، فإن حلف فعليها العدة وإن نكل وحلفت هي فلا عدة عليها وإن نكلت عن اليمين أن عليها العدة. ثم قال: قال الأصحاب: وليس هذا قضاء بالنكول بل الأصل بقاء النكاح وآثاره فيعمل بهذا الأصل ما لم يظهر دافع.

(٤) في ز: لدفع. (٥) في ز: في.

اليمين[١]. وهل يُقَدَّرُ لإِمْهَالِهِ مُدَّةٌ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: عند الإمام وصاحب الكتاب: يُمْهَلُ ثَلاثَةَ أيام، ولا يُزَادُ، وإلا لم يُؤْمَنْ من الملاحة، والمرافعة مَرَّةً بعد أخرى، وقد يتعب الخَصْم والقاضي.

والثاني: أنه لا تَقْدِيرَ؛ لأن اليَمِينَ حَقُّهُ، فله تأخيره إلى أن يَشَاءَ كالبَيِّنَةِ يَتَمَكَّنُ من إقَامَتِهَا متى شاء[٢]، وهذا ما أَوْرَدَهُ في «التهذيب». ولمن قال بالأَوَّل: أن يُفَرِّقَ بأن البَيِّنَةَ قد لا تُسَاعِدُهُ، ولا تحضر، واليَمِينُ إليه. ولم يذكر الشَّافِعِيُّ ـ رضي الله عنه ـ فيما إذا امْتَنَعَ المُدَّعَى عليه عن اليَمِينِ أنه يسأل عن سَبَبِ امْتِنَاعِهِ.

فعن ابْنِ القَاصِّ: أن قياس ذكره[٣] امْتِنَاعِ المدعي، أن يسأل المُدَّعَى عَلَيْهِ عن سبب الامْتِنَاعِ أيضاً.

وامتنع عَامَّةُ الأَصْحَابِ من هذا الإِلْحَاقِ فارقين بأن امْتِنَاعَ المُدَّعَى عليه يثبت لِلْمُدَّعِي حَقَّ الحَلِفِ[٤]، والقضاء بيمينه؛ فلا يُؤَخَّرُ حَقُّهُ بالبحث [وامْتِنَاعُ المُدَّعِي لا يُثْبِتُ حَقّاً لغيره، ولم يَضُرَّ السؤال][٥] عن سبب الامتناع. وكان يجوز أن يُقَالَ: إن امْتِنَاعَ المدعى عليه، إنما يُثْبِتُ الحَقَّ للمدعي، إذا امتنع بلا سَبَبٍ، فأما إذا تَعَلَّلَ بِعُذْرٍ، كما سَنَذْكُرُهُ على الأَثَرِ، فلا يَنْتَقِلُ حَقُّ اليَمِينِ من جَانِبِهِ إلى جانب المُدَّعِي، وإذا لم يكن الامْتِنَاعُ المُطْلَقُ نَاقِلاً للحق، لم يكن السُّؤَالُ تَأْخِيراً لِلْحَقِّ، ولو أن المُدَّعَى عليه حين اسْتُحْلِفَ قال: أَمْهِلُونِي لأَنْظُرَ في الحِسَابِ، أو أَسْأَلَ الفُقَهَاءَ؛ فوجهان:

أشهرهما[٦]: وهو المَذْكُور في الكتاب: أنه لا يُمْهَلُ، إلا أن يَرْضَى المدعى؛ لأنه مَجْبُورٌ[٧] مَحْمُولٌ على الإِقْرَارِ، واليَمِينُ بخلاف المُدَّعِي؛ فإنه مُخْتَارٌ في طَلَبِ حَقِّهِ، وفي تأخيره.

والثاني: وبه قال صاحب «الإفصاح»: أنه يُمْهَلُ؛ لِلْحَاجَةِ، ولا يُزَادُ على ثلاثة أيام، كيلا يَتَضَرَّرَ المُدَّعِي.

واختار القاضي الرُّويَانِيُّ وَجهَ الإِمْهَالِ، وقال فيما إذا اسْتُمْهِلَ لِيَسْأَلَ الفقهاء[٨]:

---

(١) ما جزم به من عدم إبطال حقه في اليمين هو المشهور، وحكى الإمام في كتاب الإقرار وجهاً أن القاضي يفصل الخصوم كما لو امتنع الخصم وأولى؛ لأنه مختار من الحضور متمكن بين الفكر بقلبه، وهو متجه جداً.

(٢) في ز: شاهد. (٣) في ز: ذكر في.

(٤) قضيته تفرد ابن القاص وليس كذلك فقد قاله ابن سريج كذا حكاه الدبيلي في أدب القضاء.

(٥) سقط في: أ. (٦) في ز: أظهرهم.

(٧) في ز: مخبور. (٨) في ز: إليه عنها.

إن قُضَاةَ بَلَدِنَا اسْتَحْسَنُوا الإمْهَالَ يوماً، ولو اسْتُمهِلَ المُدَّعَى عليه في ابتداء الجَوَابِ، لينظر في الحساب. ذكر القاضي أبو سَعْدٍ: أنه يُمْهِلُهُ إلى آخِرِ المَجْلِسِ إن شاء، وإذا عَلَّلَ المدعي امْتِنَاعَهُ بِعُذْرٍ، كما بَيَّنَّا، ثم عاد بعد مُدَّةٍ لِيَحْلِفَ، مُكِّنَ منه.

قال في «التهذيب»: فإن لم يذكر القَاضِي نُكُولَ خَصْمِهِ، أَثْبَتَهُ بالبَيِّنَةِ، وكذا لو أَثْبَتَ عند قَاضٍ آخر نُكُولَ خَصْمِهِ، له أن يحلف، وكذا، لو نَكَلَ المدعى عليه في جواب وَكِيلِ المدعي، ثم حَضَرَ الموكّل، له أن يحلف ولا يَحْتَاجُ إلى اسْتِئْنَافِ[1] الدَّعْوَى، ومن أَقَامَ شَاهِداً وَاحِداً لِيَحْلِفَ معه، إنه لم يَحْلِفْ، فهو كما لو ردت[2] اليَمِينُ إلى المُدَّعِي، فلم يَحْلِفْ، وإن عَلَّلَ الامْتِنَاعَ بعُذْرٍ، عاد الوَجْهَانِ في أنه على خِيرَتِهِ أَبَداً، أو لا يُزَادُ إِمْهَالُهُ على ثلاث[3].

وإن لم يَتَعَلَّلْ بشيء، أو صَرَّحَ بالنُّكُولِ، فعلى ما في الكتاب و«التهذيب»، يبطل حَقُّهُ من الحَلِفِ، وليس له العَوْدُ إليه، واستمر العِرَاقِيُّونَ على ما ذَكَرُوهُ هناك[4].

قال المُحَامِلِيُّ في «التجريد»: ولو امْتَنَعَ من الحَلِفِ مع شَاهِدِهِ، واستحلف الخَصْم، انتقلت اليَمِينُ من جَانِبِهِ إلى جَانب صَاحِبِهِ، فليس له أن يَعُودَ فَيَحْلِفَ، إلا إذا عاد في مَجْلِسٍ آخر، واسْتَأْنَفَ المُدَّعِي الدَّعْوَى، وأقام الشَّاهِد، له أن يَحْلِفَ معه.

فإن قُلْنَا بالأول، لم تَنْفَعْهُ إلا بَيِّنَةٌ كَامِلَةٌ. وأما لفظ الكتاب فقوله: «فنكوله كحلف المدعى عليه»؛ يجوز إعْلاَمُهُ بالواو؛ لأن من قال بِرَدِّ اليَمِينِ عند تَجْدِيدِ دَعْوَى ونكول، لا يكون نُكُولُهُ كحلف[5] المدعى عليه.

وقوله: «وإن قال المُدَّعِي: أَمْهِلُونِي، أمهلناه ثلاثاً»، مَحْمُولٌ على ما إذا قال: أَمْهِلُونِي لِأُطَالِعَ الحِسَابَ، أو أُرَاجِعَ القَضِيَّة، فأما إذا اقْتَصَرَ على قوله: أَمْهِلُونِي، فيشبه أن يقال: هو كما إذا لم يذكر عذراً[6] وقوله: «وأما المُدَّعَى عليه فلا يُمْهَلُ»، مُعَلَّمٌ بالواو.

وقوله: «فلو لم يرجع» أي المدعي فلفظ النكول في قوله: «أقام شاهداً وأراد أن يَحْلِفَ معه، ثم نَكَلَ»، ما ينبغي أن يُحْمَلَ على النُّكُولِ المُطْلَقِ، والامتناع بلا عُذْرٍ، بل يُحْمَلُ على الاسْتِمْهَالِ، والتَّمَسُّكِ بِعُذْرٍ.

فإن ذلك هو صُورَةُ الوجهين في الامْتِنَاع عن اليمين المَرْدُودَةِ، لا مُطْلَق الامتناع، وحينئذ فقوله: «لا تُقْبَلُ منه بعد ذلك إلا ببينة[7] كاملة» [أي][8] إلا بعد الثلاث لينظر

---

(١) في ز: إذا.
(٢) في ز: ارتدت.
(٣) في ز: تلاف.
(٤) في ز: هناك معي.
(٥) في ز: يحلف.
(٦) في ز: عذر أصلاً.
(٧) في ز: بينة.
(٨) سقط في: ز.

[ولي][(١)] الحاكم[(٢)] على المذكور في اليمين المَرْدُودَةِ. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَتَعَذَّرُ رَدُّ الْيَمِينِ حَيْثُ يَكُونُ الْمُدَّعِي السُّلْطَانَ، فَإِنْ نَكَلَ رَبُّ مَالِ الزَّكَاةِ لَمْ يَحْلِفِ السَّاعِي، بَلْ يَقْضِي بِالنُّكُولِ عَلَى وَجْهٍ، وَيُحْبَسُ عَلَى وَجْهٍ حَتَّى يَحْلِفَ أَوْ يَقِرَّ، وَالذِّمِّيُّ إِذَا ادَّعَىٰ أَنَّهُ أَسْلَمَ قَبْلَ انْقِضَاءِ السَّنَةِ، ثُمَّ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ، فَيُحْبَسُ عَلَى وَجْهٍ، وَيُقْضَى عَلَيْهِ عَلَى وَجْهٍ، وَلاَ يُطْلَبُ مِنْهُ شَيْءٌ عَلَى وَجْهٍ، وَوَلَدُ الْمُرْتَزِقَةِ إِذَا ادَّعَىٰ الْبُلُوغَ وَاتُّهِمَ وَنَكَلَ لَمْ يَثْبُتِ اسْمُهُ إِلَى أَنْ يُعْلَمَ بُلُوغُهُ، وَمَنْ مَاتَ وَلاَ وَارِثَ لَهُ فَادَّعَىٰ الْقَاضِي لَهُ دَيْناً عَلَى إِنْسَانٍ فَنَكَلَ حُبِسَ عَلَى وَجْهٍ حَتَّى يَقِرَّ أَوْ يَحْلِفَ، وَقُضِيَ عَلَيْهِ بِالْمَالِ عَلَى وَجْهٍ، وَيُتْرَكُ عَلَى وَجْهٍ، وَهُوَ أَبْعَدُ هَهُنَا مِنْهُ فِي الذِّمِّيِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ما ذكرنا: أنه تُرَدُّ اليَمِينُ على المُدَّعِي، فلا يُقْضَى بالنُّكُولِ، هو الأصل المُقَرَّرُ في المذهب[(٣)]، لكنه قد يَتَعَذَّرُ رَدُّ اليمين، وحينئذ فمن الأصحاب من يَذْهَبُ إلى القَضَاءِ بالنكول، وبَيَانُهُ بصور ـ منها إذا طُولِبَ رَبُّ المَالِ بالزَّكَاةِ، فقال: بَادلْتُ النِّصَاب في أثناء الحَوْلِ، أو دَفَعْتُ الزَّكَاةَ إلى سَاعٍ آخر، أو غَلِطَ الخَارِصُ في الخَرْصِ، أو أَصَابَتِ الثِّمَارَ جَائِحَةٌ، واتَّهَمَهُ السَّاعِي، فيحلف على ما يدعيه إيجَاباً واسْتِحْبَاباً، على اخْتِلاَفٍ مذكور في الزَّكَاةِ؛ فإن نَكَلَ، لم يُطَالَبْ بشيء إن قلْنَا بالاسْتِحْبَابِ، وإن قلنا بالإِيجَابِ، فإن انْحَصَرَ المَوْصُوفُونَ بصفات الاسْتِحْقَاقِ في البلد، وقلنا: بامتناع النَّقْلِ، فَتُرَدُّ اليَمِينُ عليهم، وإلا يَتَعَذَّرُ الرَّدُّ إلى الساعي والسُّلطان. وما الذي يُفْعَلُ؟

فيه ثلاثة أوجه:

أظهرها: أنه تُؤْخَذُ منه الزَّكَاةُ، وكيف سَبِيلُهُ؟

رأى ابن القَاصِّ هذا حُكْماً بالنكول، ورواه عن ابن سُرَيْجٍ، وسَبَبُ تَجْوِيزِهِ دُعَاءُ الضَّرُورَةِ إليه. وقال أكثرهم: ليس هذا حكماً بالنكول، ولكنّ قَضِيَّةَ مِلْكِ النِّصَابِ، ومضي الحَوْلِ الوُجُوبُ. فإذا لم يثبت دافع أَخَذْنَا الزكاة.

والوجه الثاني: أنه لا يُطَالَبُ بشيء؛ لأنه لم تَقُمْ عليه حُجَّةٌ.

والثالث: أنه يُحْبَسُ حتى يُقِرَّ، فَتُؤْخَذُ منه الزَّكَاةُ، أو يحلف فَيُعْرَضُ عنه. ومنهم

---

(١) سقط في: أ. (٢) في ز: الحكم.

(٣) علم أنه إنما يرد اليمين على المدعي إذا ادعى لنفسه حقاً فإن لم يكن كما في الراكب لدابة غيره والزارع لأرضه، لا يرد عليه اليمين إذا نكل مالكها عن اليمين في دعوى الإجارة؛ لأنهما لا يدعيان حقاً على المالك.

من فَرَّقَ بين أن يكون رَبّ المال على صُورَةِ المدعى؛ بأن يقول: [أديت في بلدة أخرى أو إلى ساع، فتؤخذ منه الزَّكَاةُ إذا لم يحلف، وبين أن يكون على صُورةِ المدعى عليه بأن يقول:][١] ما تَمّ حَوْلِي، أو ما في يدي لفلان المُكَاتِبِ، فلا يُؤْخَذُ منه شيء.

وهذا وجه رَابعٌ، وقد نَسَبَهُ صاحب «التهذيب» في باب الزَّكَاةِ إلى ابن سُرَيْج ورَجَّحَهُ. ومنها: الذِّمِّيُّ إذا مات في أَثْنَاءِ السَّنَةِ، يلزمه في الجِزْيَةِ قِسْطُ ما مضى؟ أو لَا يَلْزَمُهُ شيء؟

فيه قولان مَذْكُورَانِ في موضعهما؛ فإن غَابَ ذِمِّيٌّ، ثم عاد وهو مُسْلِمٌ فقال: أَسْلَمْتُ قبل تمام السَّنَةِ، فليس عَلَيَّ تَمَامُ الجزْيَةِ، أو ليس عَلَيَّ شَيْءٌ منها. فقال عَامِلُ الجِزْيَةِ: بل أَسْلَمْتَ بعدها، وعليك تَمَامُ الجِزْيَةِ، فيحلف الذِّمِّيُّ اسْتِحْبَاباً على وَجْهٍ، وإيجَاباً على وجه. فإن قلنا: بالإيجَابِ، فَيُقْضَى عليه بالجزْيَةِ، أو لا يُطَالَبُ بشيءٍ، أو يَحْلِسُ ليقر، فتؤخذ منه الجِزْيَةُ، أو يحلف ويترك[٢]؛ فيه الوجوه الثلاثة المذكورة في الصورة السابقة[٣].

قال الإمَامُ: وَقَيَّدَ صَاحِبُ «التخليص» المَسْأَلَةَ بما إذا غاب، ثم عَادَ وهو مُسْلِمٌ، وظاهر هذا ـ أنه لو كان عندنا، فَصَادَفْنَاهُ مُسْلِماً في آخر السَّنَةِ، فادَّعَى أنه أَسْلَمَ قبل تَمَامِهَا، وكَتَمَ إسْلاَمَهُ، لا يُقْبَلُ قوله؛ لأن الظَّاهِرَ أن من أَسْلَمَ في دَارِ الإسْلاَمِ، لا يكتم إسْلامه. ومنها: ولد المُرْتَزِقَةِ؛ إذا ادَّعَى البُلُوغَ بالاحْتِلاَمِ، وطلب إِثْبَاتَ اسْمِهِ في الدِّيوَانِ، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يُصَدَّقُ من غير يَمِينٍ؛ لأنه وإن كان كَاذِباً، فكيف يُحَلِّفُهُ وهو صَبِيٌّ؟ وإن كان صَادِقاً وجب أن يُجَابَ.

وأظهرهما: أنه يَحْلِفُ عند التُّهْمَةِ، فإن نَكَلَ، فلا يُجَابُ، ولا يُثْبَتُ اسْمُهُ إلى أن يَظْهَرَ بُلُوغُهُ. وهذا ما أَوْرَدَهُ في الكتاب.

ويَقْرُبُ منه أن بَعْضَ من شَهِدَ الوَقْعَةَ من المُرَاهِقِينَ، إذا ادَّعَى الاحْتِلاَمَ، وطلب سهم المقاتلة[٤]، يُعْطَى إن حَلَفَ، وإن لم يحلف، فَوَجْهَانِ:

أحدهما: أنه يُعْطَى ويُوَجَّهُ هذا بطريقين:

أحدهما: أنه يُصَدَّقُ بغير يَمِينٍ؛ لأن احتلامه[٥] إنما يُعْرَفُ من جِهَتِهِ، فأشبه ما إذا

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: فيترك.
(٣) في أ: الثالثة.
(٤) في ز: منهم المقابلة.
(٥) في ز: اختلافه.

عُلِّقَ العِتْقُ، أو الطَّلاَقُ بالمَشِيئَةِ، فقال: شئت، يُصَدَّقُ بلا يَمِينٍ.

والثاني: أن شُهُودَ الوَقْعَةِ، وحصول الغناء به، يقتضي استحقاق السهم.

وأظهرهما: أنه لا يُعْطَى إذا لم يَحْلِفْ، وجعل صاحب «التلخيص»(١) هذا حُكْماً بالنكول. وقال غيره: إنما لم يُعْطَ؛ لأن حُجَّتَهُ إذا قلنا: إنه يحلفه، إنما هي اليَمِينُ، فإذا [لم يحلف](٢) لم يُقْضَ له بعدم الحُجَّةِ، لا أنه قضى عليه بالنُّكُولِ.

ومنها: إذا مات ولا وَارِثَ له؛ فَادَّعَى القاضي، أو مَنْصُوبُهُ دَيْناً له على إنسان وَجَدَهُ في تذكرته، فأنكر المُدَّعَى عليه، ونَكَلَ عن اليَمِينِ، ففيه وجوه:

أحدها: أنه يُحْبَسُ حتى يُقِرَّ، أو يَحْلِفَ.

والثاني: أنه يُقْضَى عليه بالنكول، فَيُؤْخَذُ منه المالُ؛ لأن وَرَثَتَهُ المسلمون، وَرَدّ اليمين عليهم مُتَعَذِّرٌ.

والوجه الثالث: أنه يُعْرَضُ عنه، ولا يُتَعَرَّضُ له. نعم لو كان [مُعَانِداً](٣)، فهو عَاصٍ آثِمٌ.

وقوله في الكتاب: «وهو أَبْعَدُها هنا منه في الذِّمِّيِّ»، إنما ذكر ذلك؛ لأَنَّ هذا الوَجْهَ مَشْهُورٌ في مسألتي الزَّكَاةِ، وإِسْلاَمِ الذِّمِّيِّ، وهو غريب ههنا. لم يُحْكَ إلا عن الشَّيخِ أبي مُحَمَّدٍ. وسبب الفَرْقِ أنه مَبْنِيٌّ هناك على اسْتِحْبَابِ اليمين، و[اليمين](٤) ههنا مُسْتَحَقَّةٌ على المدعى عليه، فالإِعْرَاضُ عنه بنكوله إِسْقَاطٌ لليمين، وإِبْطَالٌ لفائدته.

ويجري الخِلاَفُ المذكور فيما إذا ادعى وَصِيّ مَيِّتٍ على وَارِثِهِ: أنه أَوْصَى بثلثه للفقراء، وأنكر الوَارِثُ، ونَكَلَ. [ولو ادَّعى وَلِيُّ الصبي، والمجنون دَيْناً له على إنسان، فَأَنْكَرَ، ونَكَلَ،](٥) ففي الرَّدِّ على الوَلِيِّ وُجُوهٌ:

أحدها: أن اليَمِينَ تُرَدُّ عليه؛ لأنه المستوفي، والصَّبِيُّ والمَجْنُونُ ليس لهما أَهْلِيَّةُ اليمين.

والثاني: المَنْعُ؛ لأن إِثْبَاتَ الحَقِّ للإنسان بيَمِينِ غيره مُسْتَبْعَدٌ.

والثالث: أنه إن ادَّعَى ثُبُوتَهُ لسبب بَاشَرَهُ بنفسه رُدَّ عليه، وإلا فلا، وَأُجْرِيَ هذا الخِلاَفُ فيما إذا أَقَامَ شاهداً وَاحِداً، هل يَحْلِفُ معه؟ وفيما إذا ادَّعى على الوَلِيِّ دَيْناً في ذِمَّةِ الصَّبِيِّ، هل يُحَلَّفُ إذا أنكر؟ والوَصِيّ والقَيِّمُ في ذلك كالوَلِيِّ.

---

(١) في أ: النكول.
(٢) سقط في: أ.
(٣) سقط في: أ.
(٤) سقط في: أ.
(٥) سقط في: أ.

ويجري في قَيِّم المسجد، ومُتَوَلِّي الوَقْفِ إذا ادّعى للمسجد، أو الوَقْفِ، وأَنْكَرَ المُدَّعَى عليه، ونَكَلَ. وتَحْلِيفُ الولي والصبي[١] لَهُ ذِكْرٌ في الكتاب في الباب الأَخِيرِ من الصَّدَاقِ فَلْيَتَذَكَّر.

ثم مال المذهبيون إلى تَرْجِيح المَنْع من الوُجُوهِ الثلاثة، ولا بَأْسَ بوجه التفصيل[٢] ولقد رَجَّحَهُ أَبُو الحَسَنِ العَبَّادِيُّ، وبه أجاب السَّرَخْسِيُّ في «الأمالي». فإن منعنا رَدَّ اليمين إلى الوَلِيّ والوصي[٣]، فَيُنْتَظَرُ بلوغ الصَّبِيّ، وَإِفَاقَةُ المَجْنُونِ.

ويكتب القاضي المحضر بنكول المدعى عليه، وصَيْرُورَته اليمين مَوْقُوفة على البُلُوغِ، والإِفَاقَةِ، ويعود في المدّعى[٤] للمسجد والوقف الوجهان في أنه يُقْضَى عليه بالنكول؛ أو يُحْبَسُ لِيَحْلِفَ، أو يقر.

والأصح في هذا الخلاف في مَسْأَلَةِ لا وَارِثَ له، أنه لا يُقْضَىٰ بالنُّكُولِ، ولكن يُحْبَسُ ليحلف، أو يقر، وإنما حَكَمْنَا فيما قَبْلَ ذلك من الصُّوَرِ بالمال؛ لأنه قد سَبَقَ أَصْلٌ يقتضي الوجوب، ولم يَظْهَر دَافِعٌ فأخذنا بذلك الأصل، وههنا لا مُسْتَنَدَ إلا النكول، والنكول المَحْضُ لا اعْتِمَادَ عليه، على أصلنا. وقَيِّمُ المَحْجُورِ عليه إذا ادعى له، ونَكَلَ المدعى عليه ليحلف[٥] المَحْجُورُ أنه يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُ هذا المَالِ. ولكن لا يقول: إليّ[٦]. وقيّمه يقول في الدَّعْوَى: يلزمك تَسْلِيمُهُ إِلَيَّ.

ومنها للقاذف: أن يُحَلِّفَ المَقْذُوفَ على أنه لم يَزْنِ، كما مَرَّ، فإن نَكَلَ، حكى القاضي أبو سَعْدٍ وَجْهاً: أنه يَسْقُطُ بنكوله حَدُّ القَذْفِ عن القاذف، فلا تُرَدُّ اليَمِينُ عليه؛ لأن قَضِيَّةَ يمينه إِثْبَاتُ حَدِّ الزِّنَا على المَقْذُوفِ، ولا يمكن إِثْبَاتُ الحد باليمين. والمَشْهُورُ مَا تَقَدَّمَ: أنه تُرَدُّ اليَمِينُ على القَاذِفِ، وَأَثَرُ يمينه انْدِفَاعُ حَدِّ القذف عنه، لا إِثْبَاتُ حَدِّ الزِّنَا على القاذف، كما أن اليمين تُرَدُّ على مُدَّعِي السرقة، وتؤثر يمينه في إِثْبَاتِ المال دون القَطْعِ. [والله أعلم][٧].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الخَامِسُ: البَيِّنَةُ وَقَدْ ذَكَرْنَا شُرُوطَهَا، فَإِنْ تَعَارَضَتَا وَلاَ تَرْجِيح فَلاَ يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ المُدَّعَىٰ فِي أَيدِيهِمَا أَوْ فِي يَدِ ثَالِثٍ، فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ ثَالِثٍ فَالبَيِّنَتَانِ يَتَسَاقَطَانِ (ح) عَلَى قَوْلٍ. وَتُوجَبُ القِسْمَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَوْلٍ وَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَوْلٍ فَيُسَلَّمُ لِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ، وَيَتَوَقَّفُ إِلَى الصُّلْحِ عَلَى قَوْلٍ، وَلاَ يَجْرِي قَوْلُ القِسْمَةِ

---

(١) في ز: والوصي.
(٢) في ز: الفصل.
(٣) في أ: والصبي.
(٤) في ز: الدعوى.
(٥) في ز، هل يحلف.
(٦) في أ: مالي.
(٧) سقط في: ز.

وَالصُلْحِ فِي الزَّوْجَةِ الْمُتَنَازَعَةِ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، وَفِي جَرَيَانِ قَوْلِ الْقُرْعَةِ خِلاَفٌ، فَإِذَا تَكَاذَبَتِ الْبَيِّنَتَانِ صَرِيحاً لَمْ يَتَّجِهْ إِلاَّ التَّهَاتُر كَمَا لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْقَتْلِ فِي وَقْتٍ وَشَهِدَ الآخَرُ عَلَى الْحَيَاةِ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ نَفْسِهِ، وَقِيلَ بِطَرْدِ بَقِيَّةِ الأَقْوَالِ أَيْضاً، وَلَوْ أَقَرَّ الثَّالِثُ لِأَحَدِهِمَا فَهَلْ يَنْزِلُ إِقْرَارُهُ مَنْزِلَةَ الْيَدِ حَتَّى تَرْجِيح الْبَيِّنَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أحد الأركان في الخُصُومَاتِ الشَّرْعِيَّةِ البَيِّنَةُ فيها يظْهرُ الحقّ، وينفصل الأَمْرُ، فالقول في شرط الشهود مَفْرُوغٌ منه في الشَّهَادَاتِ، والقَصْدُ ههنا بيان الحكم عند تَعَارُضِ البَيِّنَتَيْنِ، فإذا تَعَارَضَتَا فإما أن تفقد أَسْبَابُ الرُّجْحَانِ، أو يُوجَدَ مرجِّح:

القسم الأول: إذا لم يُوجَدْ مُرَجِّحٌ، فإما أن يكون المُدَّعَى في يَدِ ثَالِثٍ، أو في أيديهما[1] جميعاً. ولا يَدْخُل في هذا القِسْمِ ما إذا كان في يد أحدهما؛ لأن ذلك من أَسْبَابِ الرُّجْحَانِ على ما سيأتي.

وهذا القَسْمُ مَفْقُودٌ فيما إذا فُقِدَتِ الأَسْبَابُ.

الحالة الأولى: إذا ادَّعَى اثْنَانِ عَيْناً في يدِ ثالث فلا يَخْفَى أنه يَحْلِفُ المُدَّعَى عليه يَمِيناً لكل وَاحِدٍ منهما، إن ادَّعَاهَا لنفسه، ولا بَيِّنَةَ لواحد منهما، وأنه إن اخْتَصَّ أحدهما بِإِقَامَةِ البَيِّنَةِ على ما يدعيه، يُقْضَىٰ له، وإن أَقَامَ كل واحد بَيِّنَةً، فقولان:

أصحهما: ويُنْسَبُ إلى القَدِيم: وبه قال أحمد، وكذلك مَالِكٌ في إحدى الرِّوَايَتَيْنِ: أنهما يَتَسَاقَطَانِ؛ لأنهما مُتَنَاقِضَتَا الموجب، ولا تَرْجِيحَ، فَأَشْبَهَ الدليلين إذا تَعَارَضَا، ولا تَرْجِيحَ، فعلى هذا كأنه لا بَيِّنَةَ، ويُصَارُ إلى التَّحْلِيفِ.

والثاني: أنهما يُسْتَعْمَلاَنِ، صِيَانَةً لهما عن الإِسْقَاطِ، والإِبْطَالِ، بِقَدْرِ الإِمْكَانِ، وتُنْتَزَعُ العَيْنُ من صاحب اليد؛ لأنه قَضِيَّةُ كل واحدة من البَيِّنَتَيْنِ [ثم][2] فيما يفعل ثلاثة أقوال:

أحدهما: أن العَيْنَ المُدَّعَاةَ تُقَسَّمُ بينهما، وبه قال أبو حَنِيفَةَ، وكذلك مالك، ما رُوِيَ عن أبي مُوسَى: أن رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إلى رَسُولِ اللهِ ﷺ في بَعِيرٍ، فأقام كل واحد [منهما][3] البَيِّنَةَ أنه له، فجعله النبي ﷺ بينهما نِصْفَيْنِ[4].

---

(١) قال الشيخ البلقيني: لا ينبغي أن نذكر في هذا الباب إذا كان في أيديهما لأن كل واحد في النصف الذي هو في يده داخل، فالترجيح قائم لكل واحد فيما هو في يده.

(٢) سقط في: ز. (٣) سقط في: ز.

(٤) أخرجه أحمد [(٤/ ٤٠٢) (١٠/ ٢٥٤)] وأبو داود [٣٦١٣ ـ ٣٦١٤ ـ ٣٦١٥] والنسائي [٨/ ٢٤٨]، والحاكم [٤/ ٩٤ ـ ٩٥] والبيهقي، وذكر الاختلاف فيه على قتادة، وقال: وهو معلول، =

وأيضاً فالبَيِّنَةُ حُجَّةٌ كاليَدِ.

ولو تَدَاعِيَا، والشَّيْءُ في أيديهما، يُجْعَلُ بينهما نِصْفَيْنِ، فكذلك ههنا. وأيضاً: فلو أن رَجُلَيْنِ أقام كُلُّ واحد منهما بَيِّنَةً على أنه أوصى له بهذه الدَّارِ؛ تُجْعَلُ بينهما، فكذلك ههنا.

والثاني: أنه يُقْرَعُ بينهما، ويُرَجَّحُ جانب من خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ(١)؛ لما رُوِيَ؛ أن خَصْمَيْنِ أَتَيَا النبي ﷺ، وأتى كُلُّ واحد منهما بِشُهُودٍ، فَأَسْهَمَ بينهما، وقَضَى لمن خَرَجَ السَّهْمُ له(٢).

= فقد رواه حماد بن سلمة عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشر بن نهيك، عن أبي هريرة ومن هذا الوجه أخرجه ابن حبان في صحيحه، واختلف فيه على سعيد بن أبي عروبة، فقيل: عنه عن قتادة عن سعيد بن أبي بردة عن أبيه عن أبي موسى، وقيل عنه عن سماك بن حرب رواه عن ابن ماجه [٢٣٣٠] عن تميم بن طرفة، قال: أنبئت أن رجلاً، قال البخاري قال سماك بن حرب: أنا حدثت أبا بردة بهذا الحديث، فعلى هذا لم يسمع أبو بردة هذا الحديث من أبيه، ورواه أبو كامل مظفر بن مدرك عن حماد عن قتادة عن النضر بن أنس عن أبي بردة مرسلاً قال حماد: فحدثت به سماك بن حرب فقال: أنا حدثت به أبا بردة، وقال الدارقطني والبيهقي والخطيب: الصحيح أنه عن سماك مرسلاً، ورواه ابن أبي شيبة عن أبي الأحوص عن سماك عن تميم بن طرفة: أن رجلين ادعيا بعيراً، فأقام كل واحد منهما البينة أنه له، فقضى النبي ﷺ به بينهما، ووصله الطبراني بذكر جابر بن سمرة فيه بإسنادين، في أحدهما حجاج بن أرطاة، والراوي عنه سويد بن عبد العزيز، وفي الآخر ياسين الزيات، والثلاثة ضعفاء.

(١) سكت المصنف عن الترجيح من الأقوال الثلاثة المفرعة على الاستعمال.

قال في الخادم: كأنهم هونوا أمرها لما كانت مفرعة على الضعيف، وجزم في باب التحالف في البيع بالوقف، وقال الشيخ جلال الدين البلقيني: لا فرق في الحكم بالتعارض بين أن يقعا معاً قبل أن يحكم القاضي، وبين أن يحكم القاضي بواحدة ثم يقوم الأخرى بعد ذلك فإنه ينقض القضاء على الأظهر، وقد ذكر الرافعي وتبعه النووي ما يرشد إلى هذا الفرع في أثناء المسألة الثالثة سئل قال لعبده إن مت في رمضان فأنت حر، وأقام بينة أنه مات في رمضان، والوارث أنه مات في شوال، فإنه يقدم بينة العبد على الأظهر ما نصه، ولو حكم القاضي بشهادة شاهدي رمضان ثم شهد آخران أنه مات في شوال فهل ينقض الحكم، ويجعل كما لو شهدت البينتان معاً خرجه ابن سريج على قولين كما لو بان فسق الشهود، وذكر أيضاً هنا فائدة أخرى وهي إذا لم يدعها لنفسه وأقام كل واحد بينة أنها له ما حكمه ظاهر كلام الماوردي في باب اللقطة أنها تنزع قطعاً، ثم يبقى التعارض بين المتداعين والمعتمد أنها لا تنزع بالبينتين إذا تعارضا لأنه يصير كأن لا بينة.

(٢) أخرجه أبو داود في المراسيل عن سعيد بن المسيب ونحوه، ووصله الطبراني في الأوسط بذكر أبي هريرة فيه، وفيه شيخه علي بن سعيد الرازي وهو من أوهامه، ورواه البيهقي [١٠/٢٥٩] مرسلاً، وقال: اعتضد هذا المرسل بطريق أخرى، ثم ساقه من طريق ابن لهيعة عن أبي الأسود عن عروة وسليمان بن يسار نحوه، وأخرج أيضاً من جهة أبان عن قتادة عن خلاس عن أبي رافع عن أبي هريرة نحوه، موقوفاً.

وأيضاً فالقُرْعَةَ [مرجحة][(١)] عند اسْتِوَاءِ الجانبين كما في العِتْقِ، والقِسْمَةِ، والمُسَافَرَةِ بإحدى النساء، وما يُشْبِهُهَا، وهل يَحْتَاجُ على هذا من خرجت قُرْعَتُهُ إلى اليمين؟ فيه قولان في رواية أَكْثَرِهِمْ، ووجهان عن رِوَايَةِ القَفَّالِ، أَوْفَقُهُمَا لظاهر لفظ الكتاب: أنه لا حَاجَةَ إلى اليمينِ، والقُرْعَةُ ترجح بينته.

والثاني: أنه لاَ بُدَّ من اليمين، والقُرْعَةُ تَجْعَلُ أحدهما أَحَقَّ باليمين. وعلى هذا حكى القاضي الروياني: أنه يَحْلِفُ من خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ؛ إن شهوده شَهِدُوا بالحَقِّ، ثم يُقْضَىٰ له.

والقول الثالث: أنه يُوقَفُ إلى أن يَتَبَيَّنَ الأَمْرُ، أو يَصْطَلِحَا؛ لأنه أَشْكِلَ الحال فيما يُرْجَى انْكِشَافُهُ، فَيُوقَفُ، كما لو زوجها وليان ونسيا[(٢)] السابق من العَقْدَيْنِ.

وأيضاً فإن أحدهما مُسْتَحِقٌّ، وإلا فالبَيِّنَتَانِ كَاذِبَتَانِ، والمُسْتَحِقُّ منهما غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ، فَيُوقَفُ؛ كما لو طَلَّقَ إحدى امْرَأَتَيْهِ، ومات قبل البيان، يُوقف[(٣)] المِيرَاثُ إلى الاصطلاح. واعْتَذَرَ الناصرون لِلتَّسَاقُطِ عن حَدِيثِ أبي مُوسَى ـ رضي الله عنه ـ أنه يُحْتَمَلُ أنه كان المدعي[(٤)] في أيديهما، فأبطل البَيِّنَتَيْنِ، وقسم[(٥)] بينهما.

وعن الحديث الآخر: أنه لما كان التَّنَازُعُ في قِسْمَةٍ، أو عِتْقٍ. وعما احْتُجَّ به للتوقف، بأن كونها زَوْجَةً لأحدهما، وكَوْنَ المِيرَاثِ لأحدهما مَعْلُوماً، واستحقاق أحدهما غير مَعْلُومٍ ههنا، فلا يَلْزَمُ من التَّوَقُّفِ هناك التَّوَقُّفُ ههنا.

واعترف بعد هذا: أنه قد يُضَمُّ أَقْوَالُ الاستعمال إلى قول التَّسَاقُطِ، ويُقَالُ في المسألة أَرْبَعَةُ أقوال. كما نَسَّقَهَا في الكتاب، وأنه إذا كان التَّسَاقُطُ مَنْسُوباً إلى القديم، وكان هو الأَظْهَرَ عند الأصحاب، كانت المَسْأَلَةُ من المَسَائِلِ التي يرجّح فيها القديم.

وإن الإمام، وصاحب الكتاب، حَكَيَا في مَحَلِّ القولين [في][(٦)] التَّسَاقُط والاستعمال طَرِيقَيْنِ:

أحدهما: أن القولين فيما إذا لم تَتَكَاذَبِ البَيِّنَتَانِ[(٧)] صَرِيحاً، فإن تَكَاذَبَا[(٨)] صَرِيحاً، تَسَاقَطَ لاَ مَحَالَةَ.

---

(١) سقط في: أ.

(٢) في ز: ونسيت.

(٣) في أ: وقف.

(٤) في ز: أن المدعى كان.

(٥) في ز: وقسمه.

(٦) سقط في: أ.

(٧) في ز: البينات.

(٨) في ز: وإن تكاذبتا.

والثاني: طَرْدُ القولين في الحَالَتَيْنِ، وهذا أَشْهَرُ، والأول أَرْجَحُ عند صاحب الكتاب، والمُرَادُ من صَرِيحِ التَّكَاذُبِ؛ ألا يَتَأَتَّى الجَمْعُ، ولا يَنْقَدِحَ فيه تَأْوِيلٌ، كما إذا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ على القَتْلِ في وقت [معين][1] والأخرى على الحَيَاةِ في ذلك الوقت. فإن تُوُهِّمَ الجَمْعُ بِضَرْبٍ من التأويل، فليس ذلك بصريح التَّكَاذُبِ. وذلك، كما إذا شَهِدَتْ هذه، على مِلْكِ زيد، وهذه على مِلْكِ عَمْرٍو؛ فإنه يجوز أن يقال: عرفت كل واحدة سبباً كشراء، أو وصية، واستصحب حكم العَقْدِ الذي عرفته.

وكما إذا شَهِدَتْ هذه، على أنه أَوْصَى بهذه العَيْنِ لِزَيْدٍ، وهذه على أنه أَوْصَى بها لِعَمْرٍو؛ فإنه ربما أَوْصَى بها مَرَّتَيْنِ.

وإن القاضي الروياني نَقَلَ في «جمع الجوامع» طريقين من وَجْهٍ آخر:

أحدهما: أن القولين فيما إذا لم يمكن الجَمْعُ، فإن أَمْكَنَ، قُسِّمَ بينهما لا مَحَالَةَ.

والثاني: طَرْدُ القولين في الحالتين، فَتَحَصَّلَ من النقلين ثَلاَثَةُ طُرُقٍ؛ القَطْعُ بالتَّسَاقُطِ فيما إذا لم يمكن الجَمْعُ، والقَطْعُ بالاستعمال إذا أمكن طَرْدُ القولين في الحَالَتَيْنِ، وأن إِيرَادَ أَبِي الحَسَنِ [العبادي][2] يَنْسَاقُ إلى طريقة أخرى تَنْفِي الخِلاَفَ، ويقطع بالتَّسَاقُطِ عند اسْتِيقَانِ الكَذِبِ في إحداهما، وبالاستعمال عند إِمْكَانِ صِدْقِهِمَا كما في الوَصِيَّةِ.

وإن أبا الفَيَّاضِ حكى؛ أن من الأصحاب من لـم يُثْبِتْ قول التوقيف[3]، وأن القاضي ابن كَجٍّ رَوَى عن أبي حَامِدٍ القَاضِي، أن الأَقْوَالَ الثلاثة لا تجتمع، بل موضع[4] قول القِسْمَةِ، ما إذا أمكن الجَمْعُ، وموضع قول القُرْعَة، ما إذا لم يمكن.

وأُعْلِمَ من لفظ الكتاب ما سوى قول التَّسَاقُطِ بالزاي[5]؛ لأن اخْتِيَارَ المُزَنِيِّ هو التَّسَاقُطُ، ولْيُعَلَمْ بالألف أيضاً، لما بَيَّنَّاهُ، وما سوى قَوْلِ القِسْمَةِ بالحاء.

ثم في الفصل صورتان: إحداهما إذا كان التَّنَازُعُ في زَوْجِيَّةِ امْرَأَةٍ، وأقام كل واحد بَيِّنَةً، وتَعَارَضَتَا، فقول التَّسَاقُطِ بحاله[6]، ولا مَجَالَ لِلْقِسْمَةِ، وذكر صاحب الكتاب في «الوسيط»، أن قَوْلَ الوَقْفِ لا يجري أيضاً تَعْلِيلاً بأن الصُّلْحَ غير مُمْكِنٍ، وهذا ما أراد بقوله ههنا.

ولا يَجْرِي قَوْلُ القِسْمَةِ والصلح، فعبر عن الوَقْفِ بالصلح. والذي رواه صاحب

---

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: التوقف.
(٤) في ز: توضع.
(٥) في ز: بالرأي.
(٦) في ز: محالة.

«التهذيب» وغيره جَرَيَانُ قَوْلِ الوَقْفِ، وهو الوجه كما يُتَوَقَّفُ في التي أَنْكَحَهَا وَلِيَّاهَا، وليس الصلح مقصوراً[١] على أن يأخذ هذا شَيْئاً من المدَّعَى، وهذا شَيْئاً آخر منه، بل من الصُّلْحِ أن يَتُوبَ الكَاذِبُ، ويُصَدِّقَ الصَّادِقُ.

وأما قول القُرْعَةِ، ففي جَرَيَانِهِ وَجْهَانِ منقولان في الكتاب وغيره:

أحدهما: تجري كما في بينتي المَالِ.

وأصحهما: وهو الجواب في «التهذيب»: المنع، كما لا تَجْرِي القُرْعَةُ في التي أَنْكَحَهَا وَلِيَّاهَا. وفيما[٢] إذا طَلَّقَ إحدى زَوْجَتَيْهِ، ومات[٣].

الثانية: أقر صَاحِبُ اليَدِ لأحدهما بعدما أقام[٤] البينتين، إن قلنا: بالتَّسَاقُطِ قُبِلَ إقراره وحُكِمَ به، وإن قلنا بالاسْتِعْمَالِ، فوجهان:

أحدهما: أن المُقَرَّ له يصير كَصَاحِبِ اليد حتى تُرَجَّحَ بَيِّنَتُهُ.

والثاني: لا؛ لأن يَدَهُ بعد البَيِّنَةِ مستحقة الإِزَالَةِ[٥]، فلا تَأْثِيرَ لها، ولا اعْتِبَارَ بإقرار صاحبها، وإن أَقَرَّ تَمَام البينتين، قُبِلَ إِقْرَارُهُ. وصار المُقَرُّ له صَاحِبَ يَدٍ.

والوجهان في الكتاب وإن كانا مُطْلَقَيْنِ، ولكن قوله: «فهل ينزل[٦] إقراره منزلة اليد، يُفْهِمُ أنهما مُفَرَّعَانِ على قَوْلِ الاسْتِعْمَالِ.

فأما على قول التَّسَاقُطِ، فلا نقول: الإِقْرَارُ يرجح البَيِّنَةَ بِحَالٍ، ولكن كأنهما لم يقيما بَيِّنَةً، فَيُقْضَى بموجب الإِقْرَارِ والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الحَالَةُ الثَّانِيَةُ) أَنْ يَكُونَ فِي يَدِهِمَا، وَلاَ يَخْفَى إِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ بَيِّنَةٌ أَنْ تَجْرِيَ الأَقْوَالُ، وَلَكِنْ إِذَا قُلْنَا بِالتَّهَاتُرِ فَهٰهُنَا تَبْقَى الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ فَكُلُّ وَاحِدٍ مُدَّعٍ فِي النِّصْفِ مُدَّعَىً عَلَيْهِ فِي النِّصْفِ فَيَحْلِفُ، كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى نَفْيِ مَا يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ وَلاَ يَلْزَمُهُ التَّعَرُّضُ لِلإِثْبَاتِ بِخِلاَفِ التَّحَالُفِ فِي البَيْعِ إِذِ النِّصْفُ هٰهُنَا مُمَيَّزٌ عَنِ النِّصْفِ وَثَمَّةَ لاَ يَتَمَيَّزُ المُدَّعِي عَنِ المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَقِيلَ فِي وُجُوبِ الجَمْعِ بَيْنَ النَّفْيِ وَالإِثْبَاتِ فِي المَسْئَلَتَيْنِ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، ثُمَّ إِنْ حَلَفَ الأَوَّلُ عَلَى النَّفْيِ فَنَكَلَ الثَّانِي رُدَّ عَلَيْهِ اليَمِينُ فَيَحْلِفُ عَلَى الإِثْبَاتِ، وَإِنْ نَكَلَ الأَوَّلُ الَّذِي بَدَأَ بِهِ القَاضِي تَحْكِيماً أَوْ

---

(١) في ز: مقصوداً.
(٢) في أ: ومما.
(٣) في ز: وماتت.
(٤) في ز: أما.
(٥) سكت المصنف تفريعاً عن المرجوح.
قال في الخادم: والأقوى الثاني، وذكر تعليل المذكور ثم قال فلا أثر لإقراره.
(٦) في ز: يُترك.

بِالقُرْعَةِ اجْتَمَعَ عَلَى الثَّانِي يَمِينُ النَّفْيِ لِلنِّصْفِ الَّذِي فِي يَدِهِ وَيَمِينُ الإِثْبَاتِ لِلنِّصْفِ الَّذِي فِي يَدِ شَرِيكِهِ فَيَكْفِيهِ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ تَجْمَعُ بَيْنَ النَّفْيِ وَالإِثْبَاتِ، وَقِيلَ: لاَ بُدَّ مِنْ يَمِينَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَكَلَّمْنَا فيما إذا ادَّعى اثْنَانِ عَيْناً في يَدِ ثَالِثٍ، فأما إذا كانت في يَدِهِمَا، وادَّعَاهَا كُلُّ واحد منهما، فإن أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ منهما بَيِّنَةً، قالت طَائِفَةٌ من الأَصْحَابِ؛ منهم الفوراني، وصَاحِبُ الكتاب: يَجْرِي فيه قَوْلاَ [التساقط والاستعمال، إن قلنا: بالتساقط][1] والتهاتر، فيبقى المَالُ في أيديهما كَمَا كَانَ.

وإن قلنا بالاسْتِعْمَالِ، فعلى [قول][2] القِسْمَة تُجْعَلُ بينهما مِلْكاً. قال الفوراني: ولا يَجِيءُ قَوْلُ الوَقْفِ، إذ لا معنى لِلتَّوَقُّفِ مع ثبوت اليَدِ. وحكى وجهين في مجيء قول القُرْعَةِ.

وقال آخرون؛ منهم ابْنُ الصَّبَّاغِ، وصاحب «التهذيب»، إذا أقاما البَيِّنَةَ، يُجْعَلُ المَالُ بينهما؛ لأن بَيِّنَةَ كل واحد منهما تَرَجَّحَتْ [باليد][3] في النِّصْف الذي هو صاحب يَدٍ فيه[4] وكأن هؤلاء امْتَنَعُوا من إجْرَاءِ [هذه][5] الأَقْوَالِ. وقالوا: مَوْضِعُ الأقوال ما إذا خَلَتِ البَيِّنَتَانِ عن التَّرْجِيحِ، واليَدُ من أَسْبَابِ الترجيح، والحاصل لِلْفَتْوَى على الطريقين معاً إِبْقَاءُ المال في أيديهما كما كان، ولكن الطَّرِيقَتَانِ معاً، فيما إذا شهد شُهُودُ كُلِّ واحد منهما بأن جَمِيعَ المال له، فأما إذا شَهِدَ شُهُودُ كُلِّ واحد منهما بالنِّصْفِ الذي [هو][6] في يَدِ صَاحِبِهِ، فالبَيِّنَتَانِ لم تَتَوَارَدا على شيء واحد حتى يَجِيءَ أَقْوَالُ التَّعَارُضِ، ولا يَدَ لِلْمُدَّعِي في المَشْهُودِ به حتى يرجح جانبه.

ولكن يَحْكُمُ القاضي لزيد، بما كان في يد عمرو، ولِعَمْرو بما كان في يَدِ زيد، ويكون المَالُ في يَدِهِمَا أيضاً كما كان؛ ولكن [لا][7] بجهة التَّسَاقُطِ، ولا بجهة التَّرْجِيح [باليد][8]، ثم قال الأَئِمَّةُ: من أقام البَيِّنَةَ أَوَّلاً، وتعرض شُهُودُهُ للكل، لم تَضُرَّ، فإن كان صاحب يَدٍ في النِّصْفِ، وقلنا: إن بَيِّنَةَ صاحب اليَدِ لا تُسْمَعُ ابْتِدَاءً على مَا سَيَأْتِي الخِلاَفُ فيه؛ لأنه مُسْتَغْنَى هناك عن البَيِّنَةِ، وههنا لا يُسْتَغْنَى عن البَيِّنَةِ للنصف الذي يَدَّعِيهِ، ثم إذا أَقَامَ الثَّانِي البَيِّنَةَ على الكل، سُمِعَتْ، وتَرَجَّحَتْ بَيِّنَتُهُ في النِّصْفِ الذي [هو][9] في يده، [فيحتاج الأول إلى إعَادَةِ البَيِّنَةِ لِلنِّصْفِ الذي هو في يَدِهِ][10].

---

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط في: ز.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في أ: فيها.
(٥) سقط في: ز.
(٦) سقط في: أ.
(٧) سقط في: ز.
(٨) سقط في: أ.
(٩) سقط في: أ.
(١٠) سقط في: أ.

وقال في «الوسيط»: لا يبعد أن يُتَسَاهَلَ في الإِعَادَةِ، وإن كان لأحد المدعيين[(١)] بَيِّنَةٌ دُونَ الآخر، فَيُقْضَى له بالكُلِّ، وشُهُودُهُ قد يَشْهَدُونَ بالنِّصْفَ الذي في يد صاحبه، وقد يَشْهَدُونَ بالكُلِّ، ولا يَضُرُّ كونه صَاحِبَ يَدٍ في النصف على ما تبين.

وإن لم يكن لواحد منهما بَيِّنَةٌ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مُدَّعٍ في النصف، مُدَّعَىً عليه في النِّصْفِ، فَيَحْلِفُ كُلُّ واحد منهما على نَفْيِ مَا يَدَّعِيهِ الآخَرُ، ولم يَتَعَرَّضْ واحد منهما في يَمِينِهِ لِإِثْبَاتِ ما في يَدِهِ، بل يُقْتَصَرُ على أنه لا حَقَّ لِصَاحِبِهِ فيما في يَدِهِ. نَصَّ عليه، وذَكَرَ في باب التَّحَالُفِ في البَيْعِ، أن ظَاهِرَ النَّصِّ، أن كُلَّ واحد منهما في التَّحَالُفِ يجمع بين النَّفْي والإِثْبَاتِ، وبَيَّنَّا أن لِلأَصْحَابِ فيهما طريقين:

أصحهما: تَقْرِيرُ النَّصَّيْنِ؛ لأن [النِّصْفَ][(٢)] الذي يَنْفِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ منهما يَتَمَيَّزُ عن النِّصْفِ الذي يُثْبِتُهُ، وهناك العَقْدُ واحد، والنِّزَاعُ في صِفَتِهِ. فكأن الدعوى واحدة، ولا يَتَمَيَّزُ المُدَّعِي عن المُدَّعَى عَلَيْهِ.

والثاني: أنهما غير مُقَرَّيْنِ بحالهما، ولكن يخرج من نصه[(٣)] في هذه المَسْأَلَةِ قول [في][(٤)] التَّحالُفِ، وفي التَّخْرِيجِ من التَّحَالُفِ اخْتِلاَفٌ لأصحاب الطَّرِيقَةِ الثانية؛ فإن قلنا: تخرج، حَصَلَ فيهما قَوْلاَنِ بالنَّقْلِ، والتخريج، على ما ذَكَرَهُ في الكتاب.

وكل ذلك[(٥)] قد أَوْضَحْنَاهُ في باب التَّحَالُفِ.

وإذا قلنا بالأَصَحِّ، فإن حَلَفَا، أو نَكلاَ، تُرِكَ المُدَّعَى في يَدِهِمَا كما كان.

وإن حَلَفَ أَحَدُهُمَا دُونَ الآخر، قُضِيَ للحالف بالكُلِّ، ثم إن حَلَفَ الذي بَدَأَ القاضي بِتَحْلِيفِهِ، وَنَكَلَ الآخَرُ بعده، فَيَحْلِفُ الأَوَّلُ اليَمِينَ المَرْدُودَةَ، وإن نَكَلَ الأَوَّلُ، وَرَغِبَ الثاني في اليمين فقد اجْتَمَعَ عليه يَمِينُ النَّفْيِ لِلنِّصْفِ الذي ادَّعَاهُ صَاحِبُهُ، ويَمِينُ الإِثْبَاتِ للنصف الذي[(٦)] ادَّعَاهُ هو؛ فهل يكفيه الآن يَمِينٌ وَاحِدَةٌ، يجمع فيها بين النَّفْيِ والإِثْبَاتِ؛ لأن كُلاًّ منهما قد دَخَلَ وقته أم لاَ بُدَّ من يَمِينٍ للنَّفْيِ، وأُخْرَى للإثبات؟ فيه وجهان: لفظ الكتاب يُشْعِرُ بِتَرْجِيحِ أَوَّلِهِمَا، وهو الذي أَوْرَدَهُ أَبُو الفَرَجِ الزَّازُ، وحينئذٍ فيحلف: إنَّ الجَمِيعَ له، لا حَقَّ لصاحبه فيه. أو يَقُولُ: لا حَقَّ له في النِّصْفِ الذي يَدَّعِيهِ، والنِّصْفِ [الآخر][(٧)] لي.

---

(١) في أ: المداعين.
(٢) سقط في: أ.
(٣) في أ: نص.
(٤) سقط في: ز.
(٥) في أ: واحد.
(٦) في أ: للذي.
(٧) ما ذكراه في كيفية الحلف من الحلف على الجميع خالفاه في باب الصلح فيما إذا تداعيا حائطاً من دار بينهما أو سقفاً بين سفل وعلو أنه يحلف كل واحد منهما على النصف، ولا يحلف على الكل على الأصح. =

وقوله في الكتاب في خِلاَلِ الكَلاَمِ الذي بَدَأَ به القَاضِي: «تحكيماً[١] أو بالقرعة»، المُرَاد بالتحكيم[٢] رأي القَاضِي، واجتهاده، وظاهر اللَّفْظِ، تَخْيِيرُ القاضي بين أن يُقْرِعَ، وبين أن يَعْمَلَ بما تعِنُّ له ولا يُقْرِعُ، وبه يُشْعِرُ لفظه في «الوسيط»؛ فإنه [قال][٣]: يَبْدَأُ القاضي بمن يَرَاهُ، أو بالقُرْعَةِ، ويمكن أن يُحْمَلَ ذلك على وَجْهَيْنِ؛ ذكرناهما[٤] في باب التَّحَالُفِ، تَفْرِيعاً على أنه لا يَبْدَأُ بالبَائِعِ، ولا بالمُشْتَرِي، بل يَتَسَاوَيَانِ.

أحدهما: أن القاضي يَتَخَيَّرُ فَيُقَدِّمُ من يَرَاهُ.

والثاني: أن المُعْتَبَرَ بالقُرْعَةِ. ويجوز أن يقال: كل واحد منهما مُدَّعٍ، ومُدَّعىً عليه ههنا، فينبغي أن يُنْظَرَ إلى السَّبْقِ؛ فمن سَبَقَ دَعْوَاهُ، بُرِىءَ بتحليف صَاحِبِهِ.

فروع:

الأول: ادَّعَى رَجُلٌ نِصْفَ دَارٍ، والآخَرُ كُلَّهَا، وأَقَامَ كُلُّ واحد منهما بَيِّنَةً، والدَّارُ في يَدِ ثَالِثٍ، فالبَيِّنَتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ في النِّصْفِ، فإن قلنا بالتَّهَاتُرِ، فهما سَاقِطَتَانِ في النِّصْفِ الذي فيه التَّعَارُضُ.

وأما النِّصْفُ الآخَرُ؛ فعن ابْنِ سُرَيْجٍ، وأبي إِسْحَاقَ، وغيرهما أنه على قَوْلَيْنِ في تَبْعِيضِ الشَّهَادَةِ، فإن لم نُبَعِّضْهَا، بَطَلَتْ في ذلك النِّصْفِ أيضاً، وصار كما لو لم يَكُنْ لواحد منهما بَيِّنَةٌ، وإن بَعَّضْنَاهَا، سُلِّمَ النِّصْفُ لمدعي الكُلِّ.

وامْتَنَعَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ من تَخْرِيجِهِ على ذلك الخِلاَفِ، وقال: مَوْضِعُ الخِلاَفِ ما إذا كان الرَّدُّ في البَعْضِ لِتُهْمَةٍ من عَدَاوَةٍ وغيرها.

فأما إذا كان الرَّدُّ في البَعْضِ بِسَبَبِ التَّعَارُضِ فما ينبغي أن يَتَأَثَّرَ به الثاني.

ألا ترى أنا إذا قُلْنَا بالقِسْمَةِ عند التَّعَارُضِ، تُرَدُّ كُلُّ بَيِّنَةٍ في بَعْضِ ما شهدت به؟ ولا يُخَرَّجُ الثَّانِي على ذلك الخِلاَفِ، وهذا أَصَحُّ عند الشيخ أبي عَلِيٍّ. وإن قلنا: بالاسْتِعْمَالِ، فَيُسَلَّمُ النِّصْفُ لمدعي الكُلِّ، ويُقَسَّمُ النِّصْفُ الآخر.

= وسبق هناك إلى المنسوب في الحاوي والبحر إلى الجمهور أنه يحلف على الجميع؛ لأنه يحلف على ما يدعيه وهو يدعي جميعه.

قال في الذخائر: وهو الصحيح، وقال ابن أبي الدم هنا يحلف كل واحد منهما أنه مالك لنصفها، وإن كان مدعياً لجميعها، وفيه وجه أنه يحلف على الجميع اعتباراً بالدعوى، هكذا ذكره الماوردي وذكر القاضي أبو الطيب في التعليق أنه يحلف على النصف ولا يجوز أن يحلف على الكل. قال: ومن صار إلى أنه يحلف على الكل فقد أخطأ.

(١) في أ: تحكمنا.
(٢) في أ: بالتحكم.
(٣) سقط في: أ.
(٤) في ز: ذكرهما.

إن قلنا بالقِسْمَةِ، فيكون لِمُدَّعِي الكل ثَلاثَةُ أَرْبَاعِهَا. وإن قلنا بالقُرْعَةِ، فَيُقْرَعُ للنِّصْفِ، وإن قلنا: بالوَقْفِ، فيوقف، ولو أنهما تَدَاعَيَا كذلك، والدَّارُ في يدهما، فالقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي النِّصْفِ في النصف الذي في يَدِهِ، فإن أقام مدعي الكل بينة، قُضِيَ له بالكل، وإن أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً على ما يَدَّعِيهِ، بَقِيَتِ الدَّارُ في يدهما، كما كانت.

ولكن التَّصْوِيرَ فيما إذا أَقَامَ مُدَّعِي الكُلِّ أَوَّلاً؛ لأن الآخَرَ لا يَدَّعِي إلا النِّصْفَ، وهو صَاحِبُ يَدٍ فيه، وسيأتي أَنَّ صاحب اليَدِ لا يَحْتَاجُ إلى البَيِّنَةِ في الابْتِدَاءِ على اخْتِلاَفٍ فيه، فإذا أقامها[1] أقام مدعي[2] النصف بينته فيرجح[3] باليد، ولا يَضُرُّ تعرض شهود مدعي الكل للكل، وإن كان مُسْتَغْنياً عن البَيِّنَةِ في النِّصْفِ الذي في يَدِهِ لما تَقَدَّمَ. ولو اقْتَصَرُوا على أَنَّ النِّصْفَ الذي في يَدِ صَاحِبِهِ له، حصل الغَرَضُ [أيضاً][4].

ولو ادَّعَىٰ أَحَدُ المدعيين الثُّلُثَ، والآخَرُ الكُلَّ، فإن كانت الدَّارُ في يد ثالث، فعلى قول التَّهَاتُرِ يَتَسَاقَطَانِ في الثُّلُثِ. وهل تَبْطُلُ بَيِّنَةُ الكُلِّ في الثلثين؟

فيه ما سَبَقَ من التَّخْرِيجِ على الخِلاَفِ في تَبْعِيضِ الشهادة. وإن اسْتَعْمَلْنَاهُ، فعلى قول القِسْمَةِ، يحصل لمدعي الكل خَمْسَةُ أَسْدَاسِهَا. ولا يخفى القولان الآخران.

وإن كانت الدَّارُ في يدهما، وأَقَامَ كل واحد بينة تثبت عند مدعي[5] الثلث [في][6] الثلث، ويكون الباقي لمدعي الكُلِّ.

والثاني: دَارٌ في يَدِ إِنْسَانٍ، ادَّعَى زَيْدٌ نِصْفَهَا، فَصَدَّقَهُ، وعمرو نِصْفَهَا، فَكَذَّبَهُ صَاحِبُ اليد، وزَيْدٌ معاً، ولم يَدَّعِهِ واحد منهما لِنَفْسِهِ، فالنصف الذي يدعيه المكذب، يُسَلَّمُ إليه، أو يُوقَفُ في يَدِ صَاحِبِ اليَدِ، أو ينتزعه[7] القاضي ويحفظه إلى ظُهُورِ مَالِكِهِ، فيه ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ حَكَاهَا الفوراني[8].

الثالث: ادَّعَىٰ وَاحِدٌ دَاراً، وآخَرُ ثلثيها، وآخَرُ نِصْفَهَا، وآخَرُ ثُلُثَهَا، والدار في يد خَامِسٍ، وأقام كُلُّ وَاحِدٍ من الأربعة بَيِّنَةً، فلا تَعَارُضَ في الثُّلُثِ الذي يَخْتَصُّ بمدعي الكل بِدَعْوَاهُ، وفي الباقي، يَقَعُ التَّعَارُضُ في السُّدُسِ الزَّائِدِ على النصف، يتعارض بَيِّنَة

---

(١) في ز: أقام.
(٢) في ز: يدعي.
(٣) في ز: ويرجح.
(٤) سقط في: أ.
(٥) في ز: ولمدعى.
(٦) سقط في: ز.
(٧) في أ: ينتزعه.
(٨) قال النووي في زياداته: أقواها الثالث. والله أعلم.
قد يقال هذا الترجح مخالف لما ذكر في باب الإقرار في من أقر لزيد بشيء فكذبه فإنه يبقى في يد المقر على الأصح.
=

مُدَّعِي الكل و[بينة][١] مُدَّعِي الثلثين. [و]في[٢] السُدُسِ الزائد على الثلث بتَعَارُضِ بينهما وبينة مُدَّعِي النِّصْفِ، وفي الثلث الباقي تَتَعَارَضُ بَيِّنَاتُ الأَرْبَعَةِ، فإن قلنا: بالتَّهَاتُرِ، سَقَطَ البَيِّنَاتُ في الثلثين، وفي الثلث يَعُودُ الكَلاَمُ في تبعيض الشَّهَادَةِ.

والظَّاهِرُ ـ أنه يسلم لمدعي الكل.

وإن قلنا: بالاسْتِعْمَالِ، فإن قَسَمْنَا فالسدس[٣] الزائد على النصف لمدعي الكل، ومُدَّعِي الثُلُثَيْنِ بالسَّوِيَّةِ، والسُدُس الزائد على الثلث لهما، ولمدعي النِّصْفِ أثْلاَثاً، والثُّلُثُ الباقي لِلأَرْبَعَةِ أَرْبَاعاً، فَتُجْعَلُ الدَّارُ ستة وثلاثين سَهْماً، لحاجتنا إلى عَدَدٍ يَنْقَسِمُ سدسه على اثنين، وعلى ثلاثة فَيُضْرَبُ اثنين في ستة، ثم في ثَلاَثَةٍ، لمدعي الكُلِّ ثلثها، اثنا عشر ونصف السدس الزائد على النِّصْفِ ثلاثة، وثلث السُّدُس الزَّائد على الثلث اثنان، وربع الثلث الباقي وهو ثَلاَثَةٌ، فالمَبْلَغُ عشرون. وهي[٤] خمسة أَتْسَاعِ الدَّارِ، ولمدعي الثُلُثَيْنِ ثَلاَثَةُ أَسْهُمٍ من السدس الزَّائِدِ على النصف، [وسهمان من السدس الزائد على الثلث وثلاثة منَ الثُّلُثِ الباقي فالمَبْلَغُ ثَمَانِيَةٌ وهي تُسْعَا الدَّارِ، ولمدعى النصف][٥] سهمان من السُّدُسِ الزَّائِدِ على الثلث، وثَلاَثَةٌ من الثُّلُثِ الباقي، فالمبلغ خَمْسَةٌ وهي تُسْعٌ ورُبُعُ تُسعٍ، ولمدعي الثلث ثَلاَثَةٌ من الثُّلُثِ الباقي لا غير.

وإن قلنا: بالقُرْعَةِ، فَيُقْرَعُ ثَلاَثَ مَرَّاتٍ؛ مَرَّةً في السدس الزائد على النصف بين مُدَّعِي الكُلِّ ومُدَّعِي الثُلُثَيْنِ، وأخرى في السُّدُس الزائد على الثلث بينهما وَبَيْنَ مُدَّعِي النِّصْفِ، وأُخْرَى في الثلث بين الأَرْبَعَةِ.

وإن قلنا بالوَقْفِ تَوَقَّفْنَا، وإن كانت الدَّارُ في يد المُتَدَاعِيينَ الأربعة، وأقام كُلُّ واحد بَيِّنَةً، جُعِلَتِ الدَّارُ بينهم أَرْبَاعاً؛ لأن بَيِّنَةَ كُلِّ واحد تُرجَّحُ في الرُّبُعِ الذي في يَدِهِ باليد. وإن لم تكن بَيِّنَةٌ، فالقول قَوْلُ كل وَاحِدٍ منهما[٦] في الرُّبُعِ الذي في يَدِهِ. فإذا حَلَفُوا، كانت بينهم أَرْبَاعاً أيضاً.

الرابع: دَارٌ في يَدِ ثلاثة؛ ادَّعَى أحدهم نِصْفَهَا، والثاني ثُلُثَهَا، والثالث سُدُسَهَا،

= قال في الخادم: والذي يتخيل في الفرق بينهما أن هناك صرح بأنه ليس له وهنا لم يكفه عن نفسه صريحاً ويجوز أن يكون النصف له بسبب لم يقر به ثم يظهر له بعد ذلك من وصية أو ميراث عن ميت لم يعرفه ذلك الوقت فهو إذن أو غيره في احتمال هذا النصف له سواء فينزع من يده إلى أن يبين حاله.

(١) سقط في: أ.
(٢) سقط في: أ.
(٣) في ز: بالسدس.
(٤) في أ: وهو.
(٥) سقط في: أ.
(٦) في ز: منهم.

ولا بَيِّنَةَ، تُجعَلُ بينهم أثلاثاً. نصَّ عليه في «المختصر»[(١)]، واعتُرِضَ عليه بأن مُدَّعِي السُّدُسِ، لا يَدَّعِي إلا السُّدُسَ، فكيف تجعل له الثلث؟ وأجاب الأَصْحَابُ بأن صُورَةَ مَسْأَلَةِ النص، ما إذا كان يَدَّعِي كل واحد منهم اسْتِحْقَاقَ اليَدِ في جميعها، إلا أن يكون الأَوَّلُ يقول: النِّصْفُ مِلْكِي، والنِّصْفُ [الآخر][(٢)] لفلان الغَائِبِ، وهو في يَدِي عَارِيَةٌ، أو وَدِيعَةٌ. والآخران يقولان نحو ذلك، فكل[(٣)] واحِدٍ منهم يُجْعَلُ صَاحِبَ يَدٍ في الثُّلُثِ، وتَبْقَى الدَّارُ في أيديهم، كما كانت، ثم يُجْعَلُ بعض[(٤)] الثُّلُثِ الذي هو في يَدِ مُدَّعِي السُّدُس، لذلك الغَائِبِ، بحكم الإقرار[(٥)].

فأما إذا اقْتَصَرَ كُلُّ وَاحِدٍ منهما على أن لي منها كذا، فلا يُجْعَلُ لمدعي السُّدُسِ إلا السدس، ولا يَتَحَقَّقُ بينهم[(٦)] والحالة هذه، تَنَازُعٌ وتَنَاكُرٌ. وهذا التَّصْوِيرُ وإن أَزَاحَ الاعْتِرَاضَ المَذْكُورَ، ففيه إِشْكَالٌ آخر؛ وذلك أن مُدَّعِي النِّصْفِ، ومُدَّعِي الثلث، ليس في يَدِهِمَا إلا ما يَدَّعِيَانِهِ. فقولهما: أن البَاقِيَ لفلان الغَائِبِ، ليس إِقْرَاراً، ولكنه دَعْوَى لِلْغَائِبِ؛ فيحتاج إلى وِكَالَةٍ من جهته، فإذا لم يَتَعَرَّضَا لِلْوِكَالَةِ، أو لم يُثْبِتَاهَا، أَشْبَهَ أن يقال: الحُكْمُ كما لو اقتصر[(٧)] كل وَاحِدٍ منهما على أن لي كذا.

وإن أَقَامَ كُلُّ واحد منهم بَيِّنَةً على ما يَدَّعِيهِ لنفسه، فَيُحْكَمُ لمدعي الثلث بالثلث؛ لأن له فيه بَيِّنَةً ويداً ولمدعي السدس بالسدس لمثل ذلك، وبما يُحْكَمُ لمدعي النِّصْفِ فيه وجهان:

أحدهما: النصف؛ لأن له في الثُّلُثِ يَداً وَبَيِّنَةً، وفي السُّدُسِ الباقي بَيِّنَةٌ، والآخران لا يَدَّعِيَانِهِ.

والثاني: يُحْكَمُ له بالثُّلُثِ ونِصْفُ السدس؛ لأن السُّدُسَ الزَّائِدَ على ما في يَدِهِ لا يَدَّعِيهِ على مُدَّعِي السدس خَاصَّةً، إنما يَدَّعِيهِ شائعاً[(٨)] في بَقِيَّةِ الدَّارِ. وهي في يدهما جَمِيعاً، ولذلك يَسْتَحْلِفُهُمَا لو لم تكن بَيِّنَةٌ، وإن كان السُّدُسُ مدعىً[(٩)] على الشُّيُوعِ؛ فنصفه المُدَّعَى على مُدَّعِي [الثلث عَارَضَتْ فيه بَيِّنَتُهُ بَيِّنَةَ مُدَّعِي النصف، وتَرَجَّحَتْ باليَدِ، ونِصْفُهُ المدعى على مدعي][(١٠)] السدس، يُحْكَمُ به لِمُدَّعِي النِّصْفِ [بَيِّنَتِهِ؛ لأن

---

(١) قال في الخادم: ما ذكروه من حمل صورة النص على ذلك أيدوه بقول الشافعي وجحد بعضهم بعضاً فإنه لو كان كل واحد يدعي ما ذكره، ولا يتعرض لذكر الباقي، لم يكن بينهما بجاحد. قاله في الشامل وحكى في الذخائر هذا التصوير عنه.

(٢) سقط في: أ.

(٣) في أ: وكل.

(٤) في الروضة نصف.

(٥) في أ: نحكم بالإقرار.

(٦) في أ: منهم.

(٧) في ز: أمضى.

(٨) في ز: تبايعاً.

(٩) في أ: يدعي.

(١٠) سقط في: أ.

بَيِّنَةَ مُدَّعِي السدس لا تُعَارِضُهَا، فَيَحْصُلُ لمدعي النِّصْفِ][1] ثُلُثٌ، ونِصْفُ سُدُسٍ.

ولمدعي الثلث ثلث، والباقي يقولون: لمدعي السُّدُسِ سُدُسٌ، ونصف، واللَّائِقُ بالتَّصْوِيرِ المَذْكُورِ أن يقال: ويَبْقَى في يَدِ مُدَّعِي السُّدُسِ سُدُسٌ ونصف، وهذا الوَجْهُ الثاني قَرِيبٌ من الطَّبْعِ، لكن بالأَوَّلِ أجاب القاضي ابْنُ كَجٍّ، وهو المَحْكِيُّ عن القَفَّالِ، وذكر الروياني: أنه المَذْهَبُ.

وأجرى أبو الفَرَجِ البزَّازُ الوَجْهَيْنِ في أن المدعي في السُّدُس الزائد على مدى السدس وَحْدَهُ، أو عليهما جَمِيعاً. واعْلَمْ أن مُدَّعِي الثلث ومدعي السدس، لا يحتاجان[2] إلى إِقَامَةِ البَيِّنَةِ في الابْتِدَاءِ، ولكن مُدَّعِي النِّصْفِ يَحْتَاجُ إلى إِقَامَةِ البَيِّنَةِ؛ للسدس[3] الزَّائد على ما في يَدِهِ، فَلْيُصَوَّرْ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ من جِهَتِهِمْ، فيما إذا أَقَامَ مُدَّعِي النِّصْفِ أوَّلاً، ثم أقام الآخَرَانِ على نحو ما ذَكَرْنَا في الفَرْعِ الأول.

وإنه يجوز أن يُفْرَضَ من مُدَّعِي السُّدُسِ إِقَامَةُ البينة على السُّدُسِ للغائب، مع إِقَامَةِ البينة على أن السدس له؛ بِنَاءً على أن المُدَّعَى عَلَيْهِ إذا أقر بما في يَدِهِ لغائب، يَجُوزُ له إِقَامَةُ البَيِّنَةِ على أنه لِلْغَائِبِ، وقد بيناه[4] من قَبْلُ.

الخامس: دَارٌ في يَدِ ثلاثة: ادَّعَى أَحَدُهُمْ كُلَّهَا، والثاني نِصْفَهَا، والثالث ثُلُثَهَا؛ وأقام كُلُّ وَاحِدٍ من الأولين البَيِّنَةَ على ما ادَّعَى، دون الثالث، فلمدعي الكُلِّ الثلث، بالبَيِّنَةِ واليد، ولِمُدَّعِي النصف كذلك، ولمدعي الكل نِصْفُ ما في يَدِ الثالث أيضاً بِبَيِّنَتِهِ السَّلِيمَةِ عن المعارض. وفي النصف الآخر تَتَعَارَضُ بَيِّنَتُهُ وبَيِّنَةُ مدعي النصف؛ فإن قلنا بالتَّسَاقُطِ؛ فالقول قَوْلُ الثالث في السدس، وفي بُطْلانِ البَيِّنَتَيْنِ. فيما عدا السُّدُسِ، بِنَاءً على تَبْعِيضِ الشهادة ما مَرَّ. وإن قلنا بالاستعمال، لم يَخْفَ التَّوَقُّفُ والإِقْرَاعُ.

وإن قلنا: بالقِسْمَةِ، قُسِّمَ بينهما. فيحصل لمدعي الكُلِّ نِصْفٌ ونِصْفُ سُدُسٍ؛ ولمدعي النِّصْفِ ثُلُثٌ وَنِصْفُ سُدُسٍ.

هكذا أورد المَسْأَلَةَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وغيره. وقد يُقَالُ: مدعي النصف لا يَدَّعِي السُّدُسَ الزَّائِدَ على ما في يَدِهِ على الثَّالِثِ خَاصَّةً، لكن يَدَّعِيهِ شَائِعاً على الآخرين معاً، فَنِصْفُ السُّدُس الذي يَدَّعِيهِ على مُدَّعِي الكُلِّ، يَنْدَفِعُ بِبَيِّنَةِ مُدَّعِي الكُلِّ ويده، والنِّصْفُ الآخَرُ الذي يَدَّعِيهِ على الثَّالِثِ هو الذي يَقَعُ فيه التَّعَارُضُ؛ وهو الذي يَنْبَغِي أن يُقَسَّمَ إذا قلنا بالقِسْمَةِ، والباقي مما في يَدِ الثَّالِثِ وهو الربع[5] يُسَلَّمُ لمدعي الكل ببينته[6]. وعلى

---

(١) سقط في: أ.
(٢) في أ: يحتاجون.
(٣) في أ: للسيدة.
(٤) في ز: بينا.
(٥) في ز: الرابع.
(٦) في أ: وبينته.

هذا فَالحَاصِلُ لمدعي الكل ثُلُثٌ، وربع، وربع سدس. ولمدعي النصف البَاقِي.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَّا إِذَا وُجِدَ التَّرْجِيحُ فَمَدَارِكُ التَّرْجِيحِ ثَلاَثَةٌ المَدْرَكُ الأَوَّلُ قُوَّةُ الحُجَّةِ فَيُقَدَّمُ شَاهِدَانِ عَلَى شَاهِدٍ وَيَمِينٍ فِي أَصَحِّ القَوْلَيْنِ، فَلَوِ اقْتَرَنَتِ اليَدُ بِالحُجَّةِ الضَّعِيفَةِ فَوَجْهَانِ: (أَحَدُهُمَا:) أَنَّ اليَدَ أَوْلَى (والثَّانِي:) أَنَّهُمَا يَتَعَادَلاَنِ، أَمَّا إِذَا كَانَ شُهُودُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ أَوْ أَعْدَلَ فَلاَ تَرْجِيحَ بِهِ فِي القَوْلِ الجَدِيدِ أَصْلاً بِخِلاَفِ الرِّوَايَةِ، وَكَذَا لاَ تَرْجِيحَ عَلَى رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القسم الثاني: إذا تَعَارَضَتِ البَيِّنَتَانِ، وهناك ما يُرَجِّحُ إحداهما، فَيُعْمَلُ بالرَّاجِحَةِ؛ وللترجيح[1] أسباب:

منها: أن تُخْتَصَّ إِحْدَى البَيِّنَتَيْنِ بمزيد قُوَّةٍ، وفيه صور:

إحداها: لو أقام أَحَدُهُمَا شَاهِدَيْنِ، والآخَرُ شَاهِداً، وحَلَفَ معه، فقولان:

أحدهما: أنهما يَتَعَادَلاَنِ؛ لأن كُلَّ واحد منهما حُجَّةٌ كَافِيَةٌ في المال.

وأصحهما: على ما ذكره الإِمَامُ، وصاحب الكتاب: يُرَجَّحُ الشَّاهِدَانِ؛ لأن شَهَادَةَ الشَّاهِدَيْنِ حُجَّةٌ بالإِجْمَاعِ، والشاهد واليمين، مُخْتَلَفٌ فيه.

وأيضاً فالَّذِي يَحْلِفُ مع شَاهِدِهِ يُصَدِّقُ نَفْسَهُ، والذي يقيم[2] شاهدين يُصَدِّقُهُ غيره؛ فهو أَقْوَى جَانِباً، وأَبْعَدُ عن التُّهْمَةِ. وعلى هذا فلو كانت اليَدُ مع صَاحِبِ الشَّاهِدِ واليَمِينِ، فوجهان:

أحدهما: أن اليَدَ وقُوَّةَ الحُجَّةِ الأخرى يَتَقَابَلاَنِ.

وأشبههما: أن جَانِبَ صَاحِبِ اليَدِ يُرَجَّحُ؛ لاعْتِضَادِهِ باليد المَحْسُوسَةِ.

هكذا نَقَلَ الإِمَامُ وصَاحِبُ الكتاب، وحُكِيَ في «التهذيب» الخِلاَفُ في المسألة قولين، ولم يحل[3] التعادل، لكن قال: أَحَدُ القَوْلَيْنِ تَرْجِيحُ صَاحِبِ اليد.

والثاني: تَرْجِيحُ الآخَرِ لِقُوَّةِ حُجَّتِهِ قال: ويمكن بِنَاءُ القَوْلَيْنِ على أن صَاحِبَ اليد، هل يَحْلِفُ مع البَيِّنَةِ، أم لا؟

وسيأتي الخلاف فيه. إن قلنا: يَحْلِفُ، فيمينه كَشَاهِدٍ آخر، فَيُرَجَّحُ جَانِبُهُ باليد.

وإن قلنا: لا يَحْلِفُ، فَيُرَجَّحُ جَانِبُ الآخر؛ لأن جَانِبَ صَاحِبِ اليد على هذا إنما يرجح إذا انضمت اليَمِينُ إلى البَيِّنَةِ الكَامِلَةِ.

---

(١) في ز: وللراجحة.
(٢) في ز: يضم.
(٣) في ز: يحال.

الثانية: لو زاد عَدَدُ الشُّهُودِ في أَحَدِ الجانبين، فَنَصُّهُ ـ رضي الله عنه ـ في «المختصر»: أنه لا تَرْجِيحَ.

وعن القديم نقل[1] قَوْل فيه[2]، وللأصحاب ـ رحمهم الله ـ [فيه][3] طريقتان:

أشبههما، وهو المَذْكُورُ في الكتاب: أن المَسْأَلَةَ على قَوْلَيْنِ:

الجديد: أنه لا ترجيح لكمال[4] الحجة من الطَّرَفَيْنِ، والقديم؛ ويُحْكَىٰ عن مالك: أنه يُرَجَّحُ جَانِبُ من زَادَ عَدَدُ شُهُودِهِ؛ لأن القَلْبَ إلى قولهم أميل.

والثاني: القَطْعُ بالقَوْلِ الأَوَّلِ، وحمل ما نُقِلَ عن القديم على حكاية مذهب الغَيْرِ. ولو اخْتَصَّتْ إحدى البَيِّنَتَيْنِ بزيادة ورع، أو فِقْهٍ، جَرَى الطريقان.

قال في «الوسيط»: وعلى هذا الخِلاَفِ لو كان في أحد الجَانِبَيْنِ شَهَادَةُ أحد الخُلَفَاءِ الأربعة ـ رضي الله عنهم ـ وفي الرواية يَثْبُتُ الرُّجْحَانُ بهذه الأُمُور، وفَرَّقُوا بأن لِلشَّهَادَةِ نِصَاباً مُقَدَّراً، فيتبع. وليس للرواية ضَبْطٌ فمنهم من رجح بأغلب الظَّنَّيْنِ. ومنهم من أَلْحَقَ الرواية بالشَّهَادَةِ، والظاهر الأول.

الثالثة: لو أقام أَحَدُهُمَا رَجُلَيْنِ، والآخر رَجُلاً وامْرَأَتَيْنِ، فالمَشْهُورُ أنه لا تَرْجِيحَ لقيام الحُجَّةِ، وكُلُّ واحد منهما بالاتِّفَاقِ.

وعن المَاسَرْجَسِيِّ رِوَايَةُ قَوْلٍ آخَرَ، وهو تَرْجِيحُ الرجلين؛ لزيادة الوُثُوقِ بقولهما. ولذلك يَثْبُتُ بقول رَجُلَيْنِ، ما لا يَثْبُتُ بقول رَجُلٍ وامرأتين.

ونقل الفوراني مِثْلَ ذلك أيضاً.

ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله في الكتاب: «ولا ترجيح به» بالميم.

وقوله: «في القَوْلِ الجديد» بالواو، لِطَرِيقَةٍ من نَفَى الخِلاَفَ.

وقوله: «فخلاف الرواية» بالواو؛ للوجه المَذْكُورِ فيها[5].

وقوله: «وكذا لا يُرَجَّحُ رَجُلاَنِ على رجل وامرأتين»، أراد[6] على أحد القولين على ما بَيَّنَهُ في «الوسيط». ولم يُرِدِ القَطْعَ بعدم التَّرْجِيحِ.

---

(١) في ز: يميل.

(٢) قد رجح النووي طريقة القطع وهذا خلاف ما رجحه الرافعي فإنه قال: وللأصحاب طريقان أشهرهما أنه على قولين والثاني: القطع بالأول وحمل ما نقل عن القديم على حكاية مذهب الغير. انتهى. وما فعله النووي هو الصواب الذي عليه الجمهور كما قاله الماوردي.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: إكمال.

(٥) سقط في: أ.

(٦) في أ: زاد.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْمَدْرَكُ الثَّانِي: الْيَدُ فَتُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ عَلَى بَيِّنَةِ الخَارِجِ وَلَكِنْ إِذَا أَقَامَهَا بَعْدَ بَيِّنَةِ الخَارِجِ، وَلَوْ أَرَادَ إِقَامَتَهَا قَبْلَ دَعْوَى مُدَّعِي التَّسْجِيلِ لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ الدَّعْوَى لإِسْقَاطِ الْيَمِينِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ، وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ بَيِّنَةِ الخَارِجِ وَقَبْلَ التَّعْدِيلِ فَوَجْهَانِ، أَمَّا إِذَا أَقَامَ بَعْدَ إِزَالَةِ يَدِهِ بَيِّنَةِ الخَارِجِ أَوْ ادَّعَى مِلْكاً سَابِقاً فَهَلْ يُقَدَّمُ بِسَبَبِ يَدِهِ الَّتِي سَبَقَ الْقَضَاءُ بِإِزَالَتِهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، . وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ الْقَضَاءِ وَقَبْلَ التَّسْلِيمِ فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَى بِأَنْ تُقَدَّمَ، ثُمَّ إِذَا قَدَّمْنَا بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ فَهَلْ يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ لاَ يَسْتَعْمِلُ بَيِّنَتَهُ إِلاَّ فِي إِسْقَاطِ بَيِّنَةِ الخَارِجِ فَيَبْقَى عَلَيْهِ الْيَمِينُ كَمَا كَانَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ومن أَسْبَابِ التَّرْجِيحِ: الْيَدُ، فإذا ادَّعَى عَيْناً في يَدِ غَيْرِهِ، وأقام البَيِّنَةَ على أنها مِلْكُهُ، وأقام مَنْ هي في يَدِهِ بَيِّنَةً أنها مِلْكُهُ، تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ، وتُرَجَّحُ على بَيِّنَةِ الخارج[(١)]. وبه قال مَالِكٌ.

وقال أبو حنيفة لا تُسْمَعُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ اليد، ولا يُحْكَمُ بها إلا في ثَلاَثِ صور:

إحداها: دَعْوَى النِّتَاجِ وهو أن يَتَنَازَعَا [دَابَّةً، وَأَقَامَ كُلُّ واحد بَيِّنَةً على أنها مِلْكُهُ هو نَتَجَهَا.

والثانية: أن يَتَنَازَعَا][(٢)] ثوباً لا يُنْسَجُ إلا مرة، وأقام كُلُّ وَاحِدٍ منهما بَيِّنَةً [على][(٣)] أنه مِلْكُهُ، هو نَسَجَهُ، ومن المَنْسُوجَاتِ ما يُنْسَجُ أَكْثَرَ من مَرَّةٍ، كالخَزِّ والنسيج.

والثالثة: أن يُسْنَدَ المِلْكُ إلى شَخْصٍ واحد؛ بأن أَقَامَ كُلُّ واحد منهما البَيِّنَةَ على

---

(١) قال في الخادم قال ابن أبي الدم في أدب القضاء مذهبنا أن بينة الداخل تقدم على بينة الخارج إلا في مسائل.
منها: إذا أقام الخارج بينة أنه اشتراها من ذي اليد وأقام ذو اليد بينة أنها ملكه مطلقاً رجحت بينة الخارج.
ومنها: إذا أقام الخارج بينة أنه اشتراها من ذي اليد، وأقام ذو اليد بينة أنه ورثها من أبيه فبينة الخارج أولى. ذكره القاضي الحسين في تعليقه.
ومنها: إذا أقام الخارج بينة أن العين ملكه وأن اليد غصبها منه وأقام ذو اليد بينة أنها ملكه مطلقاً، قال القاضي الحسين في موضعين من تعليقه: الخارج أولى، قال: وفيه إشكال وعند الأصحاب بينة ذي اليد أولى.
وحكى البغوي فيها وجهين وصحح الثاني مخالفاً لما أفتى به أستاذه. وقال العراقيون بينة الخارج أولى.
وقال الشيخ أبو علي: الصحيح أنه يقضي لذي اليد. انتهى كلام الخادم والمسألة الثانية مذكورة في الشرح والروضة وصححا تقديم بينة الخادم، وكذا ما رجحه البغوي.

(٢) سقط في: ز. (٣) سقط في: ز.

أنه اشْتَرَىٰ من زَيْدٍ أو اتَّهَبَ. ففي هذه الصُّوَرِ سَاعدنا على أنه تُسْمَعُ بَيِّنَةُ الداخل، ويُحْكَمُ بها. وعن أحمد ثَلاَثُ روايات:

إحداها كمذهبنا. والأخرى كمذهب أبي حَنِيفَةَ، إلا أنه لم يُفَرِّقْ في بَيِّنَةِ النَّسِيجِ بين ما لا يُنْسَجُ إلا مَرَّةً، وبين غيره.

وأظهرهما: أنه لا تُسْمَعُ بَيِّنَةُ الداخل، ولا يُحْكَمُ بها على الإطلاق.

واحتج الأصحاب على أبي حَنِيفَةَ بالقِيَاسِ على ما سَلَّمَهُ، وبأنهما تَسَاوَيَا في البَيِّنَةِ. وانفرد صاحب اليَدِ باليد، فَحُكِمَ له، كما لو انْفَرَدَ باليد ولا بَيِّنَةَ.

وعلى أحمد بما رُوِيَ أن رَجُلَيْنِ تَدَاعَيَا دَابَّةً، وأقام كل واحد منهما بَيِّنَةً أنها دَابَّتُهُ نَتَجَهَا، فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يَدِهِ. وهل يُشْتَرَطُ في سَمَاعِ بَيِّنَةِ الداخل أن يُبَيِّنَ سَبَبَ المِلْكِ، من شراء، أو إِرْثٍ، أو غيرهما؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنهم ربما اعْتَمَدُوا ظَاهِرَ اليد.

وأصحهما: أنها تُسْمَعُ وإن كانت مُطْلَقَةً كَبَيِّنَةِ الخَارج، فإنها تُقْبَلُ مُطْلَقَةً، مع احتمال أن الشُّهُودَ اعْتَمَدُوا يَداً سَابِقَةً، ولا فَرْقَ في تَرْجِيحِ بَيِّنَةِ الداخل، أن يبين الخارج والداخل سَبَبَ المِلْكِ، وبين أن يُطْلِقَا.

وكذا لا فَرْقَ بين إِسْنَادِ البَيِّنَتَيْنِ، وإطلاقهما، إذا سمعنا بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ مع الإِطْلاَقِ. وإذا وقع التَّعَرُّضُ للسبب؛ فلا فَرْقَ أن يَتَّفِقَ السَّبَبَانِ، أو يَخْتَلِفَا، ولا بين أن يُسْنَدَ المِلْكُ إلى شَخْصٍ واحد؛ بأن يقول: هذا اشْتَرَيْتُهُ من زيد، وهذا مِثْلُ ذلك. أو تقول المَرْأَةُ وهي أَحَدُ المُتَدَاعيين: أَصْدَقَنِيهِ زَوْجِي. ويقول خَصْمُهَا: اشتريتها من زَوْجِكِ. وبين أن يُسْنِدَ أحدهما إلى شَخْصٍ، والآخَرُ إلى آخر.

وحكى الفوراني وَجْهاً: أنه إذا أَقَامَ كل واحد منهما البَيِّنَةَ على الانْتِقَالِ من شخص معين يَتَسَاوَيَانِ؛ لأنهما اتَّفَقَا على أن اليَدَ كانت لِثَالِثٍ، وكل واحد منهما يَزْعُمُ الانْتِقَالَ إليه، ثم في الفَصْلِ مسألتان:

إحداهما: في أن بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ متى تُسْمَعُ؟ ولها أحوال:

إحداها: أن يقيمها قبل أن يُدَّعَى عليه شَيْءٌ، فظاهر المَذْهَبِ أنها لا تُسْمَعُ؛ فإن الحُجَّةُ إنما تُقَامُ على شَخْصٍ، فإذا لم يكن خَصْمٌ، فلا حَاجَةَ إلى حُجَّةٍ.

وفيه وجه: أنها تُسْمَعُ؛ بغرض التَّسْجِيلِ.

والثانية: أن يُقِيمَهَا بَعْدَ الدعوى، وقبل أن يُقِيمَ المدعي البَيِّنَةَ؛ فإن سَمِعْنَا في الحالة الأولى، فها هنا أَوْلَى. وإلاَّ فوجهان:

أظهرهما: أنها لا تُسْمَعُ أيضاً؛ لأن الأَصْلَ في جانبه اليَمِينُ، فلا معدل[١] عنها ما دَامَتْ يكتفي[٢] بها.

وعن ابن سُرَيْج: أنها تُسْمَعُ؛ ليُسْقِطَ اليَمِينَ عن نَفْسِهِ، كالمُودِعِ تُسْمَعُ البَيِّنَةُ منه على الرَّدِّ والتَّلَفِ، وإن كانت يَمِينُهُ كافية.

الثالثة: أن يقيمها بعد أن أَقَامَ الخَارِجُ البَيِّنَةَ، ولكن قبل أن يعدل، فإن سمعنا في الحالة الثانية، فها هنا أَوْلَى. وإلا فوجهان:

أحدهما: لا تُسْمَعُ؛ لأنه مُسْتَغْنٍ عنها بعد.

وأصحهما: أنها تُسْمَعُ، ويُحْكَمُ بها؛ لأن يَدَهُ بعد إِقَامَةِ البَيِّنَةِ مُشْرِفَةٌ على الزوال، فَتَمَسُّ الحَاجَةُ إلى تأكيدها، ودَفْعِ الطَّاعِنِ فيها.

الرابعة: إذا أَقَامَهَا بعد بَيِّنَةِ المدعي، وتَعْدِيلِهَا، فقد أَقَامَهَا في أَوَانِ إقامتها، وإن لم يُقِمْهَا حتى قَضَى القَاضِي للمدعي، وسَلَّم المَالَ إليه؛ فإن لم يُسْنِدِ المِلْكُ إلى الأَوَّلِ، فهو الآن مُدَّعٍ خارج. وإن ادعى مِلْكاً مُسْتَنِداً إلى ما قبل إِزَالَةِ اليَدِ، واعْتَذَرَ بِغَيْبَةِ الشهود ونحوها، فهل تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ؟ وهل تقدم باليد[٣] المزالة بالقَضَاءِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن تلك اليَدَ مَقْضِيٌّ بزوالها [وبطلان حكمها][٤] فلا ينقض القَضَاء.

وأصحهما: أن بَيِّنَتَهُ مَسْمُوعَةٌ كبينة حتى يُقِيمَهَا بعدما قَضَى القاضي للمدعي، ويُنْقَضُ القَضَاءُ الأول؛ لأنه إنما أزيلت لعدم الحُجَّةِ، وقد قامت الحُجَّةُ الآن.

وإن أقام البَيِّنَةَ بعد القضاء للمُدَّعِي، وقبل الانْتِزَاعِ والتسليم إلى المدعي، فوجهان: مرتبان وأَوْلَى بأن تُسْمَعَ بَيِّنَتُهُ، ويقدم جانبه لبقاء اليَدِ حساً[٥].

وإلى الوَجْهِ الآخر ذَهَبَ القاضي الحُسَيْنُ، فإن أبا سعد الهَرَوِيُّ قال: قال القاضي الحسين: أَشْكِلَتْ عَلَيَّ هذه المَسْأَلَةُ نَيِّفاً وعشرين سَنَةً؛ لما فيها من نَقْضِ الاجْتِهَادِ [بالاجتهاد][٦]، وتَرَدَّدَ جوابي فيها؛ فذكرت مَرَّةً: أنه إن تَأَكَّدَ الحُكْمُ بالتسليم، لم

---

(١) في ز: تتعدل.
(٢) في أ: مكتفى.
(٣) في ز: اليد.
(٤) سقط في: ز.
(٥) ما رجحه من السماع ونقض القضاء الأول قطع به الماوردي والقاضي أبو الطيب وادعى فيه الإجماع والشيخ في المهذب والعبادي في الزيادات وعزاه في الذخائر للعراقيين ثم قال: وحكى الخراسانيون وجهاً لأنها لا تسمع وكذا قال ابن أبي الدم قطع به العراقيون.
(٦) سقط في: أ.

يُنْقَضْ، وإن لم يَتَأَكَّدْ، فوجهان: ثم اسْتَقَرَّ رَأْيِي على أنه لا يُنْقَضُ، سواء كان قبل التَّسْلِيمِ، أو بعده.

المسألة الثانية: هل يَحْلِفُ الدَّاخِلُ مع بَيِّنَتِهِ لِيُقْضَى له[١] فيه وجهان أو قولان:

أصحهما، ويُحْكَى عن نَصِّهِ ـ رضي الله عنه في القديم: أنه لا يَحْلِفُ، كما لا يحلف الخَارِجُ مع البَيِّنَةِ، وهذا ما حُكِيَ عن أبي حَنِيفَةَ؛ حيث قال: يُقْضَى للداخل.

والثاني: يحلف لاحْتِمَالِ أن الشُّهُودَ شَهِدُوا بظاهر اليَدِ وبنوا[٢] هذا الخِلاَفَ على أن القَضَاء للدَّاخِلِ باليَدِ، أم بالبينة المُرَجّحة باليد، أحد المأخذين؛ أن القَضَاءَ باليد؛ لأن البَيِّنَتَيْنِ إذا تَعَارَضَتَا تَسَاقَطَتَا، وصار كأنه لا بَيِّنَةَ، فعلى هذا لا بُدَّ من اليمين.

والثاني: أن القَضَاءَ بالبَيِّنَةِ، وأنها[٣] تَرَجَّحَتْ باليَدِ، كما يَتَرَجَّحُ الدَّلِيلُ في الأحكام الشَّرْعِيَّةِ على مُعَارَضَة. وإنما تسقط البَيِّنَتَانِ إذا تَعَارَضَتَا بلا تَرْجِيحِ. فعلى هذا لا حَاجَةَ إلى اليمين.

وقوله في الكتاب عَقِيبَ ذِكْرِ الوجهين. «وقيل: إنه لا يَسْتَعْمِلُ بَيِّنَتَهُ إلا في إِسْقَاطِ بَيِّنَةِ الخارج، فيبقى اليَمِينُ عليه، كما كان» يمكن حَمْلُهُ على طريقة جازمة بالتَّحْلِيفِ؛ بِنَاءَ على ما ذكر في «الوسيط»؛ أن الأَصْحَابَ ـ رحمهم الله ـ اخْتَلَفُوا في أن بَيِّنَتَي الداخل والخارج يَتَهَاتَرَانِ، أو تَتَرَجَّحُ بَيِّنَةُ الدَّاخل باليَدِ، وإن قلنا بالأَوَّلِ؛ فلا بد من التَّحْلِيفِ.

وإن قُلْنَا بالثاني، ففي التَّحْلِيفِ وجهان يَقْرُبَانِ من الخلاف في التَّحْلِيفِ.

وإذا قلنا بالقُرْعَةِ وتَرَجَّحَتْ إحدى البَيِّنَتَيْنِ بها. وإن قدرنا ما[٤] ذكره تَوْجِيهاً لأحد الوَجْهَيْنِ وهو التَّحْلِيفُ، وتعبيراً عن مَأْخَذِ التَّهَاتُرِ، لا طريقة أخرى [فليقرأ][٥] قبيل بالياء.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرْعَانِ: الأَوَّلُ: الدَّاخِلُ إِذَا قَامَتْ عَلَيهِ البَيِّنَةُ فَادَّعَى الشِّرَاءَ مِنَ المُدَّعِي أَوْ ثَبَتَ الدَّيْنُ فَادَّعَى الإِبْرَاءَ، فَإِنْ كَانَتِ البَيِّنَةُ حَاضِرَةً سُمِعَتْ قَبْلَ إِزَالَةَ اليَدِ وَتَوْفِيَةِ الدَّيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً طُولِبَ فِي الوَقْتِ بِالتَّسْلِيمِ، ثُمَّ إِذَا أَقَامَ اسْتَرَدَّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أطلق الخَارِجُ دَعْوَى المِلْكِ، وأقام عليه البَيِّنَةَ. [وقال الداخل: هو ملكي اشتريته منك، وأقام عليه البينة][٦] فالداخل أولى؛ لأن مع بينته زِيَادَةُ عِلْمٍ؛ وهي الانْتِقَالُ الحَادِثُ، ولأن الدَّاخِلَ مقدم[٧] عند إِطْلاَقِهِمَا الدَّعْوَى

---

(١) سقط في: أ.
(٢) في ز: وسواء.
(٣) في ز: وذاته.
(٤) في ز: بناء.
(٥) سقط في: ز.
(٦) سقط في: ز.
(٧) في ز: يتقدم.

والبينة، فإذا قُيِّدَ، كان أَوْلَى بالتقديم. ولو قال الخارج: هو مِلْكِي وَرِثْتُهُ من أبي، وقال الدَّاخِلُ: هو مِلْكِي اشْتَرَيْتُهُ من أبيك، فكذلك الحكم.

ولو انعكست[1] الصورة؛ فقال الخارج: هو مِلْكِي اشْتَرَيْتُهُ منك، وأقام عليه بَيِّنَةً، وأقام الداخل بَيِّنَةً [على][2] أنه مِلْكُهُ، فالخارج أَوْلَى؛ لزيادة علم بينته[3][4].

ولو قال كل واحد [منهما][5] لصاحبه: اشتريته منك، وأَقَامَ عليه بَيِّنَةً، وخَفِيَ التَّارِيخُ، فصَاحِبُ اليَدِ أَوْلَى. حكاه القاضي الرُّوياني وغيره.

وعن أبي حَنِيفَةَ: مُسَاعَدَتُنَا في هذه الصُّورَةِ إذا عرف ذلك، ففي الصُّورَةِ الأولى وهي أن يُطْلق الخارج، ويقول الدَّاخِل: اشْتَرَيْتُهُ منك لا تُزَالُ يده قبل إِقَامَةِ البَيِّنَةِ.

وعن القاضي الحُسَيْنِ: أنها تُزَالُ، ويُؤْمَرُ بالتسليم إلى المُدَّعِي؛ لاعْتِرَافِهِ بأنه كان له، ثم يثبت ما يَدَّعِيهِ من الشراء. الظَّاهِرُ الأول؛ لأن البَيِّنَةَ إذا كانت حَاضِرَةً، فالتَّأْخُرُ إلى إِقَامَتِهَا سهل. فلا مَعْنَى للانْتِزَاعِ، والرد.

نعم، لو زعم أن بَيِّنَتَهُ غائبة[6]؛ فلا يَتَوَقَّفُ، بل يُؤْمَرُ في الحال بالتَّسْلِيمِ، ثم إن أَثْبَتَ ما يدعيه، استردّ، [ويجري الخِلاَفُ فيما إذا ادَّعَىٰ دَيْناً، فقال المدعى عليه: أَبْرَأْتِني، وأراد إِقَامَةَ البَيِّنَةِ، لا يُكَلَّفُ تَوْفِيَةَ الدَّيْنِ على قول الأكثرين. وعلى ما ذكر القاضي يُكَلَّفُ، إذا ثَبَتَ ما يقوله استردَّ][7] وهذا كما ذُكِرَ في أول كتاب الدعاوى: أنه لو قال: أَبْرَأْتِني، فَحَلِّفُوهُ، يَحْلِفُ قبل أن يُسْتَوْفَىٰ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي: مَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِمِلْكٍ لَمْ تُسْمَعْ بَعْدَ دَعْوَاهُ حَتَّى يَدَّعِيَ تَلَقِّيَ المِلْكِ مِنَ المُقَرِّ لَهُ، وَلَوْ أَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ فَهَلْ يَحْتَاجُ بَعْدَهُ فِي الدَّعْوَى إِلَى ذِكْرِ التَّلَقِّي مِنْهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالأَجْنَبِيُّ لاَ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ إِذِ البَيِّنَةُ لَيسَتْ بِحُجَّةٍ عَلَيْهِ فَلَهُ دَعْوَى المِلْكِ مُطْلَقاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من أَقَرَّ بعَيْنٍ لإنسان، ثم ادَّعَاهَا، لم تُسْمَعْ دَعْوَاهُ، إلا أن يذكر

---

(١) في ز: انقلبت.
(٢) سقط في: أ.
(٣) في ز: العلم مع بينته.
(٤) هكذا جزم به في الصورتين والمدرك فيهما واحد، وفي كل منهما نزاع أن ابن أبي الدم قال في أدب القضاء: إذا أقام الخارج بينة أن العين ملكه اشتراها من فلان او اتهبها وقبضها وبين سبب الملك وأقام ذو اليد بينة أنها ملكه وأطلقت ولم يبين شيئاً نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أن بينة الداخل أولى لأن معه بينة ويد وعند ابن سريج بينة الخارج أولى؛ لأن معها زيادة علم انتهى وحكاه عنه ابن الرفعة في الكفاية وأقره.
(٥) سقط في: أ.
(٦) في ز: عليه.
(٧) سقط في: أ.

تَلَقِّيَ المِلْكِ عنه، وذلك لأن المُقِرَّ مُؤَاخَذٌ بِإقْرَارِهِ في المستقبل. ألا ترى أن من أَقَرَّ أَمْس يُطَالَبُ به اليَوْمَ؟ ولولا ذلك، لم يكن في الإِقْرَارِ كَثِيرُ فَائِدَةٍ. وإذا كان كذلك، فَيُسْتَصْحَبُ ما أَقَرَّ به، إلى أن يثبت الانْتِقَالُ.

ومن أُخذَتْ منه بينة قامت، ثم جاء يَدَّعِيهَا، فهل يحتاج إلى ذِكْرِ التَّلَقِّي منه؟ فيه وجهان:

وجه قولنا: نعم، إنه صار مُلْزَماً بتلك الحُجَّةِ، فَيُؤَاخَذُ بموجبها، كما لو أَقَرَّ.

ووجه الثَّانِي: إِلْحَاقُهُ بالأَجَانِبِ، ولا خِلاَفَ أنه لو ادَّعَىٰ عليه أَجْنَبِيٌّ وأَطْلَقَ يُسْمَعُ. وما الأَظْهَرُ من هذين الوجهين؟؟ ذَكَرَ بَعْضُ أصحاب الإمام ذَهَابَ الأكثرين إلى أنه لاَ بُدَّ من ذكر التَّلَقِّي، لكنا حَكَيْنَا عن الأصحاب ـ رحمهم الله ـ: في أحوال، إقَامَةَ الداخل البَيِّنَة أنه لو أقامها بَعْدَ ما انْتُزِعَتِ العَيْنُ منه، هل تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ؟ وهل يُقْضَى له؟ وبَيَّنَّا أن الأَصَحَّ، السَّمَاعُ، والقَضَاءُ، وذلك الاخْتِلاَفُ مَفْرُوضٌ فيما إذا أَطْلَقَ دعوى المِلْكِ، ولم يذكر التَّلَقِّي.

فأما إذا ادَّعَى التَّلَقِّي، فلا بد أن تسمع دعواه، وقد صَرَّحَ به أَبُو الحَسَنِ العبادي.

وإذا كان الاخْتِلاَفُ في إِطْلاَقِ الدَّعْوَى، ورجَّحْنَا وَجْه السَّمَاعِ، لَزِمَ أن يكون الرَّاجِحُ ههنا أنه لا حَاجَةَ إلى ذِكْرِ التَّلَقِّي.

فروع:

أكثرها عن ابْنِ سُرَيْجٍ: أقام الخَارِجُ بَيِّنَةً على أن هذه العَيْنَ مِلْكِي، غَصَبَهَا مني الدَّاخِلُ. أو قال: أَجَّرْتُهَا منه، أو أَوْدَعْتُهَا إياه، وأقام الداخل بَيِّنَةً على أنه مِلْكُهُ، فَأَحَدُ الوجهين: أنه يُقْضَى لصاحب اليد. هذا ما صَحَّحَهُ صاحب «التهذيب».

والثاني: وهو المَنْقُولُ عن ابن سُرَيْجٍ: أنه يُقْضَىٰ للخارج. وهذا ما ارْتَضَاهُ العراقيون، وبه أجاب القاضي أبو سَعْدٍ. ولو لم تكن بَيِّنَةٌ، ونَكَلَ الدَّاخِلُ عن اليمين، فَرُدَّتْ على الخارج، وحُكِمَ له، ثم جاء المُدَّعَى عليه بِبَيِّنَةٍ، تُسْمَعُ. كما لو أَقَامَهَا بعد بَيِّنَةِ المدعي. وفيه وجه: أنها لا تُسْمَعُ، بِنَاءً على أن النُّكُولَ، وَرَدَّ اليمين، كالإقرار[1].

---

(١) قال في القوت: ظاهر هذا ترجيح القول بأن اليمين المردودة كالبينة لا كالإقرار عكس المرجح فيما تقدم، وسبقه بذلك في المهمات وادعى أن المصحح المذكور هناك.
وقال في الخادم: بل الصحيح المذكور هنا لأن كونه بمنزلة الإقرار أمر تقديري لا تحقيقي ولم يصدر منه ما يقتضي تكذيب البينة صريحاً، وأخذه من كلام شيخه البلقيني، وحاصل كلامه وكلام شيخه أنها تسمع مع قولنا أنها كالإقرار وعلى هذا فلا تناقض.

ولو تَنَازَعَا شَاةً مَذْبُوحَةً؛ في يد أحدهما رَأْسُهَا وجلدها وسَوَاقِطُهَا، وفي يد الآخر باقِيها، وأَقَامَ كل واحد منهما بَيِّنَةً على أن الشَّاةَ له، يُقْضَى له بما في يَدِهِ.

وعند أبي حَنِيفَةَ: يُقْضَى له بما في يَدِ صَاحِبِهِ، بِنَاءً على أن بَيِّنَةَ الخارج مقدمة. ولو قالت[1] كل بَيِّنَةٍ: الشاة [له][2]، نَتَجَتْ في مِلْكِهِ، وذُبِحَتْ في ملكه، قُضِيَ لكل وَاحِدٍ منهما بما في يَدِهِ بالاتِّفَاقِ؛ لأن البَيِّنَةَ قد تَعَرَّضَتْ لِلنِّتَاجِ، فَيُقَدَّمُ الدَّاخِلُ.

ولو كانت في يَدِ كُلِّ واحد منهما شَاةٌ، فادَّعَى كُلُّ واحد؛ أن الشَّاتَيْنِ له، وأن التي في يَدِ صاحبه نَتَجَتْ من التي في يَدِهِ، وأَقَامَا عليه البَيِّنَةَ، فهما مُتَعَارِضَتَانِ؛ فلكل وَاحِدٍ منهما التي في يده؛ لاعْتِضَادِ بَيِّنَتِهِ بيده. وإن أقام كُلُّ واحد منهما البَيِّنَةَ على أن التي في يَدِ الآخر مِلْكُهُ، قُضِيَ لكل وَاحِدٍ منهما بما في يَدِ الآخر.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: المَدْرَكُ الثَّالِثُ: اشْتِمَالُ إِحْدَى البَيِّنَتَيْنِ عَلَى زِيَادَةٍ وَهِيَ أَقْسَامٌ: الأَوَّلُ زِيَادَةُ التَّارِيخِ فَإِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ مُلْكُهُ مُنْذُ سَنَةٍ وَالأُخْرَى مُنْذُ سَنَتَيْنِ فَفِي تَقْدِيمِ السَّابِقِ قَوْلاَنِ، وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةً وَالأُخْرَى مُؤَرَّخَةً أَوْ مُضَافَةً إِلَى سَبَبٍ مِنْ نِتَاجٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ زِرَاعَةٍ فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَى بِأَنْ لاَ يُرَجَّحَ المُقَيَّدُ، فَإِنْ جَعَلْنَا لِلسَّبْقِ أَثَراً فَكَانَ السَّبْقُ فِي جَانِبٍ وَاليَدُ فِي جَانِبٍ قُدِّمَ اليَدُ عَلَى وَجْهٍ، وَالسَّبْقُ عَلَى وَجْهٍ، وَيَتَعَادَلاَنِ عَلَى وَجْهٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَرْجَمَ هذا المَدْرَكَ بالزِّيَادَةِ في البَيِّنَةِ، وأراد اخْتِصَاصَ الشَّهَادَةِ، يَتَأَيَّدُ بأصل أو بزِيَادَةِ عِلْمٍ. والمَدْرَكُ الأول بِقُوَّةِ الحُجَّةِ، وأراد اخْتِصَاصَ الشُّهُودِ بصفة تفيد[3] زِيَادَةَ الوُثُوقِ بقولهم. وفي ترتيب الكتاب من ههنا إلى آخر الباب نَوْعُ اضطراب؛ فإنه قال وهي أقسام:

الأول: زِيَادَةُ التَّارِيخِ، ثم قال: الطَّرَفُ الثاني في العُقُودِ، والثالث في المَوْتِ، والرابع في العِتْقِ، والوَصِيَّةِ، وزيادة التَّارِيخِ تَدْخُلُ في العقود، كما تدخل في الأَمْلاَكِ المُطْلَقَةِ.

ولا ينبغي أن تَدْخُلَ بعض أَقْسَامِ التقسيم في بعض، ويَنْتَظِمُ أن يُقَالَ: في أول الرُّكْنِ تَعَارُض البَيِّنَتَيْنِ، وقد تقع في الأَمْلاَكِ، وقد تَقَعُ في غيرها، كالعُقُودِ، والموت في الوصية. فهذه أَطْرَافٌ تحتاج إلى النَّظَرِ فيها.

الأول، في الأَمْلاَكِ؛ فإما أن تَخْلُوَ البَيِّنَتَانِ المُتَعَارِضَتَانِ منها عن التَّرْجِيحِ، أو يكون هناك تَرْجِيحٌ.

---

(١) في أ: قال.
(٢) سقط في: أ.
(٣) في ز: تقبل.

وللترجيح أَسْبَابٌ ثلاثة: ثالثها ـ اشْتِمَالُ إحدى البَيِّنَتَيْنِ على زِيَادَةِ التَّارِيخِ، فيسلك التاريخ مَسْلَكَ المَقْصُودِ من رُكْنِ البَيِّنَةِ إلى آخر الباب في هذا التَّرْتِيبِ.

وَفِقْهُ الفصل: أنه إذا أَرَّخَتْ كُلُّ بَيِّنَةِ المِلْكَ بتاريخ، نظر، إن تَوَافَقَ التَّارِيخَانِ، فلا تَرْجِيحَ، وإن اختلفا، كما إذا قَامَتْ بَيِّنَةُ هذا على أنه مَلَكَهُ منذ سَنَةٍ، وبَيِّنَةُ هذا على أنه مَلَكَهُ منذ سنتين، ففيه طريقان؛ المشهور منهما: أن في تَرْجِيحِ أَسْبَقِهِمَا تَارِيخاً[١] قولين:

أحدهما: ويُحْكَىٰ عن نَصِّهِ ـ رضي الله عنه ـ في البُوَيْطِيِّ: أنه لا تَرْجِيحَ؛ لأن مَنَاطَ الشَّهَادَةِ المِلْكُ في الحال. وقد اسْتَوَيَا فيه، فَأَشْبَهَ ما إذا كَانَتَا مُطْلَقَتَيْنِ، أو مُؤَرَّخَتَيْنِ بِتَارِيخٍ وَاحِدٍ.

وثانيهما: ويُحْكَىٰ عن رواية الرَّبِيعِ ـ وبه قال أبو حَنِيفَةَ، واختاره المزني: أنه يُرَجَّحُ أَسْبَقُهُمَا تَارِيخاً؛ لأنها تثبت الملك في وقت لا تُعَارِضُهَا البَيِّنَةُ الأُخْرَى فيه، وفي وقت تَعَارُضِهَا الأخرى يتساقطان في مَحَلِّ التَّعَارُضِ. وتثبت موجبها[٢] فيما قبل مَحَلِّ ارض.

ِالأصل في الثابت دَوَامُهُ، وأَصَحُّ القولين، الأَوَّلُ عند القاضي ابن كَجٍّ وشِرْذِمَةٍ ـ الله ـ.

والثاني عند أَكْثَرِهِمْ؛ منهم الشَّيْخُ أبو حَامِدٍ، وسالكو طريقته، وصَاحِبَا ذب»، و«التهذيب» ـ رحمهم الله وإِيَّانَا ـ.

والطريق الثاني: نقل القاضي ابْنُ كَجٍّ عن ابن سُرَيْجٍ، وابن سلمة، وابن الوكيل؛ م قَطَعُوا بنفي التَّرْجِيحِ، ولم يُثْبِتُوا القَوْلَ الآخر، والمثبتون[٣] للخلاف، طَرَدُوهُ في يْنَتَيْ شخصين يَتَنَازَعَانِ في نِكَاحِ امرأة، وإذا أُرِّخَتَا بتاريخين مُخْتَلِفَيْنِ، وأيضاً فيما إذا

---

(١) قال في المهمات إن الرافعي صحح عكس هذا في كتاب اللقيط وعبر بالأصح.
قال في الخادم: وعبارته هناك فيما إذا أقاما بينتين على الالتقاط وقيدنا بتاريخين مختلفين حكم لمن سبق تاريخه بخلاف المال حيث لا يحكم بسبق التاريخ في أصح القولين وفرقوا بأن أمر الأموال مبني على الانتقال فربما انتقل الأول إلى الثاني وليس كذلك الالتقاط فإنه لا ينقل ما كانت الأهلية باقية، وإذا ثبت السبق لزم استمراره. انتهى.
والظاهر أن قوله أصح سبق قلم أو غلط من ناسخ، ولهذا قال في الشرح الصغير هناك في أحد القولين لا في أصح القولين، وكان مراده أن يفرق بين اللقيط والأموال حيث جزموا بالتقديم فيه واختلفوا في الأموال نعم التناقض ظاهر كلام الروضة، والصواب المذكور هنا وهو ما عليه الجمهور، والرافعي تابع البغوي فإنه قاله هناك هكذا ترجيحاً وفرقاً، ثم رجح هنا تقديم الأسبق.

(٢) في ز: متوجهاً. (٣) في ز: والمثبوت.

تَعَرَّضَتَا مع اخْتِلاَفِ التَّارِيخِ لسبب المِلْكِ، كما إذا أَقَامَ أحدهما بَيِّنَةً أنه اشْتَرَاهُ من زيد مُنْذُ سَنَةٍ، والآخر بَيِّنَةً علَى أنه اشْتَرَاهُ من عمرو منذ سنتين، ولو نَسَبَا العَقْدَيْنِ إلى شَخْصٍ وَاحِدٍ، فأقام هذا بَيِّنَةً على أنه اشْتَرَاهُ من زيد من سَنَةٍ، وهذا بَيِّنَةً على أنه اشْتَرَاهُ من زيد منذ سنتين. فالسَّابِقُ أَوْلَى لا مَحَالَةَ[1].

وطَرَدُوهُ أيضاً، فيما إذا تَنَازَعَا أرضاً مَزْرُوعَةً فأقام[2] أحدهما بَيِّنَةً أنها أَرْضُهُ زَرَعهَا، والآخر بَيِّنَةً أنها مِلْكُهُ مُطْلَقاً؛ لأن البَيِّنَةَ التي تَشْهَدُ بالزَّرْعِ، تثبت المِلْكَ من وقت الزِّرَاعَةِ. هكذا ذكر صاحب «التهذيب» تَصْوِيراً، وتَوْجِيهاً. وفيه ما تبين[3] أن سَبْقَ التَّارِيخِ لا يُشْتَرَطُ أن يكون بِزَمَانٍ مَعْلُومٍ، حتى لو قامت بَيِّنَةٌ على أنه مَلَكَهُ منذ سَنَةٍ، وأخرىَ على أنه مَلَكَهُ أكثر من سَنَةٍ؛ كان موضع الخلاف، فإن رَجَّحْنَا أَسْبَقَ البَيِّنَتَيْنِ تَارِيخاً قَضَيْنَا بها، ولصاحبها الأُجْرَةُ، والزِّيَادَاتُ الحَادِثَةُ من يومئذ، وإن لم نُرَجِّحْهَا، ففيها الخِلاَفُ السَّابِقُ في تَعَارُضِ البَيِّنَتَيْنِ.

وإن كانت إحدى البَيِّنَتَيْنِ مُطْلَقَةً، والأخرى مُؤَرَّخَةً، فمن قطع من مختلفي التَّارِيخِ بأنه لا تَرْجِيحَ فههنا أَوْلَى، ومن أَثْبَتَ الخِلاَفَ هناك تَحَزَّبُوا فمن طَارِدٍ للقولين ههنا بوجه تَرْجِيحِ المُؤَرَّخَةِ[4]؛ بأنها تثبت المِلْكَ من وقت مُعَيَّنٍ، والأخرى لا تَقْتَضِي إلا إِثْبَاتَ المِلْكِ الحال. والتَّسْوِيَةُ بينهما فإن المطلقة، كما لا تَقْتَضِي الإِثْبَاتَ قبل الحَالَةِ الرَّاهِنَةِ لا تَنْفِيهِ أيضاً، ولَعَلَّهُ لو بحث عنها أثبت المِلْكَ قبل ذلك الوقت.

ومِنْ قَاطِعٍ بالتَّسْوِيَةِ، وكيف فرض؟ فالظاهر التَّسْوِيَةُ ههنا.

ثم احتج المُزَنِيّ للقول الذي اخْتَارَهُ: بأنهما لو تَنَازَعَا دَابَّةً؛ أقام أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً على أنها مِلْكُهُ، والآخر بَيِّنَة أنها مِلْكُهُ، وهو الذي نَتَجَهَا، تُقَدَّمُ البَيِّنَةُ المتعرضة لِلنِّتَاجِ، واخْتَلَفَ الأَصْحَابُ.

ولم يُسَلِّمْ له أكثرهم ما ادَّعَاهُ، وحكموا[5] بأن المَسْأَلَةَ على القولين. أو أَجْرَوْهُمَا في كل بَيِّنَتَيْنِ؛ أَطْلَقَتْ إحداهما [الملك][6] ونَصَّتِ الأخرى على المِلْكِ، وسببه من الإِرْثِ، والشِّرَاءِ، وغيرهما.

---

(١) قد صرح النووي في الروضة بنفي الخلاف وتصريحه بنفي الخلاف لم يصرح به الرافعي، لكنه قضية كلامه حيث قال: «فالسابق أولى لا محالة».

(٢) في ز: أقام. (٣) في أ: بين.

(٤) قد رجح النووي وطريقة القطع وترجيحه طريقة القطع لم يقله الرافعي بل حكى الخلاف ثم قال وكيف ما كان فالظاهر التسوية.

(٥) في ز: وحكوا. (٦) سقط في: ز.

ومنهم من سَلَّمَ له ما ذَكَرَهُ في صورة النِّتَاجِ، [وفَرَّقُوا بينها وبين بَيِّنَتَي المِلْكِ المطلق؛ بأن بينة النِّتَاجِ][1] تُثْبِتُ ابْتِدَاءَ المِلْكِ له، والتي هي أَسْبَقُ تَارِيخاً لا تثبت ابتداء المِلْكِ. فهذا التَّوْجِيهُ يقتضي اطِّرَادَ الطريقتين فيما إذا تَنَازَعَا ثَمَرَةً، أو حِنْطَةً، فشهدت بَيِّنَةٌ بأنها حَدَثَتْ من شجرته أو بذره. ولا يَقْتَضِي جَرَيَانَ الثَّانِيَةِ فيما إذا تَعَرَّضَتْ إحداهما للشِّرَاءِ، وسائر الأسباب؛ فإنها لا تُوجِبُ ابْتِدَاءَ المِلْكِ.

واعْلَمْ أن المَسْأَلَةَ من أصلها مَفْرُوضَةٌ فيما إذا كان المُدَّعَى في يَدِ ثَالِثٍ. فأما إذا كان في يَدِ أحدهما وقامت بَيِّنَتَانِ مُخْتَلِفَتَا التَّارِيخِ، فإن كانت بَيِّنَةُ الداخل أَسْبَقَ تَارِيخاً، فهو المُقَدَّمُ لا مَحَالَةَ. وإن كانت بَيِّنَةُ الآخَرِ أَسْبَقَ تاريخاً فإن لم نجعل سَبْقَ التَّارِيخِ مُرَجِّحاً، فكذلك يُقَدَّمُ الداخل. وإن جَعَلْنَاهُ مُرَجِّحاً، فثلاثة أوجه:

أصحها: ترجيح اليد؛ لأن البَيِّنَتَيْنِ تَتَسَاوَيَانِ في إِثْبَاتِ المِلْكِ في الحال، فَيَتَسَاقَطَانِ فيه، ويَبْقَى من أَحَدِ الطرفين اليَدُ، ومن الآخر إِثْبَاتُ المِلْكِ السَّابِقِ.

واليد أقوى من الشَّهَادَةِ على المِلْكِ السابق؛ ألا ترى أنها لا تُزَالُ بها؟

والثاني: تَرْجِيحُ السَّبْقِ؛ لأن مع أَحَدِهِمَا تَرْجِيحاً من جِهَةِ البَيِّنَةِ، ومع الثاني تَرْجِيحاً من جهة اليَدِ، والبَيِّنَةُ تَتَقَدَّمُ على اليَدِ، فكذلك التَّرْجِيحُ من جهة البَيِّنَةِ مقدم[2] على التَّرْجِيحِ من جهة اليَدِ.

والثالث: أنهما يَتَسَاوَيَانِ، لِتَعَارُضِ المَعْنَيَيْنِ.

وقوله في الكتاب: «ففي تَقْدِيمِ السَّابِقِ قَوْلاَنِ». يجوز أن يُعَلَّمَ لفظ القولين منه بالوَاوِ للطريقة القَاطِعَةِ.

وقوله في تَعَارُضِ البَيِّنَتَيْنِ؛ المطلقة، والمؤرخة، والمطلقة، والمضافة إلى النتاج، والشراء: قولان مرتبان، وأَوْلَى بألاَّ يرجح المُقَيَّد» القولان في المُطْلَقَةِ والمُؤَرَّخَةِ، وترتيبهما ظَاهِرٌ، وهذا الإيراد، وما ذكرناه من الطَّرِيقَتَيْنِ في هذه الصُّورَةِ، يرجعان إلى مَعْنًى وَاحِدٍ. وأما في المُطْلَقَةِ والمضافة إلى الشِّرَاءِ والنِّتَاجِ، فالتَّرْتِيبُ على ما ذكره. لم يَتَعَرَّضْ له الأصحاب ـ رحمهم الله.

وإن فُرِضَ تَرْتِيبٌ، فهو بالعَكْسِ فيما ذكره، ألا تَرَى أن في صُورَةِ النِّتَاجِ طَرِيقَةٌ قَاطِعَةٌ بالتقديم[3]؟ فليحمل قوله: «وأَوْلَى بأن لا ترجيح للمقيد»[4] على المُقَيَّدِ بِزِيَادَةِ التَّارِيخِ دون المُقَيَّدِ بالإضافة إلى السَّبَبِ.

---

(١) سقط في: أ.
(٢) في ز: يتقدم.
(٣) في ز: بالقديم.
(٤) في ز: المقيد.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فُرُوعٌ: الأَوَّلُ: لَوْ شَهِدَتِ البَيِّنَةُ بِمِلْكِهِ بِالأَمْسِ وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلحَالِ لَمْ تُسْمَعْ حَتَّى يَقُولَ: هُوَ مِلْكُهُ فِي الحَالِ أَوْ لاَ أَعْلَمُ لَهُ مُزِيلاً، فَإِنْ قَالَ: لاَ أَدْرِي زَالَ أَمْ لاَ لَمْ يُقْبَلْ، وَإِنْ قَالَ: أَعْتَقِدُ أَنَّهُ مَلَكَهُ بِمُجَرَّدِ ٱلاِسْتِصْحَابِ فَفِي قَبُولِهِ خِلاَفٌ، أَمَّا لَوْ شَهِدَ بِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِالأَمْسِ ثَبَتَ الإِقْرَارُ وَيُسْتَصْحَبُ مُوجِبُ الإِقْرَارِ وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضِ الشَّاهِدُ لِلْمِلْكِ فِي الحَالِ، وَلَوْ قَالَ المُدَّعَىٰ عَلَيهِ: كَانَ مِلْكَكَ بِالأَمْسِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُنْتَزَعُ مِنْ يَدِهِ لِأَنَّهُ يُخْبِرُ عَنْ تَحْقِيقٍ فَيُسْتَصْحَبُ بِخِلاَفِ الشَّاهِدِ فَإِنَّهُ يُخْبِرُ عَنْ تَخْمِينٍ حَتَّى لَوْ قَالَ الشَّاهِدُ: هُوَ مِلْكُهُ بِالأَمْسِ ٱشْتَرَاهُ مِنَ المُدَّعَىٰ عَلَيهِ أَوْ أَقَرَّ لَهُ المُدَّعَىٰ عَلَيهِ بِالأَمْسِ فَيُسْمَعُ فِي الحَالِ؛ لِأَنَّهُ ٱسْتَنَدَ إِلَى تَحْقِيقٍ، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهُ لَوْ شَهِدَ عَلَى أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِ المُدَّعِي بِالأَمْسِ قُبِلَ وَجُعِلَ المُدَّعِي صَاحِبَ يَدٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا ادَّعَى دَاراً، أو عَبْداً في يدي رجل، فَشَهِدَتْ له البَيِّنَةُ بالمِلْكِ في الشَّهْرِ الماضي، أو بالأَمْسِ، ولم تَتَعَرَّضْ للحال. نقل المُزَنِيُّ والربيع أنها لا تُسْمَعُ، ولا يُحْكَمُ بها. وعن رِوَايَةِ البويطي: أنها تُسْمَعُ، ويُقْضَى بها.

ولِلأَصْحَابِ ـ رحمهم الله ـ فيه طَرِيقَانِ:

أشهرهما ـ وبه قال ابن سُرَيْج: أن المَسْأَلَةَ على قولين:

أحدهما: أنه يُسْمَعُ؛ لأنها تُثْبِتُ المِلْكَ سَابِقاً، والشيء إذا ثَبَتَ، فالأصل فيه الدَّوَامُ والاسْتِمْرَارُ.

وأصحهما: المَنْعُ؛ لأن دَعْوَى المِلْكِ السَّابِقِ لا تُسْمَعُ، فكذلك البَيِّنَةُ عليه.

ولأن ثُبُوتَ المِلْكِ سَابِقاً إن اقْتَضَى بَقَاءَهُ قيد المدعى عليه، وتصرفه يَدُلُّ على الانْتِقَالِ إليه، ولا يَحْصُلُ ظَنُّ المِلْكِ في الحال.

والثاني: ويُحْكَى عن أبي إِسْحَاقَ: القَطْعُ بأنها لا تُسْمَعُ، وحَمَلَ هؤلاء المَحْكي عن البُوَيْطِيِّ على أنه ذَكَرَهُ من عند نَفْسِهِ، ويَجْرِي الخِلاَفُ فيما إذا ادَّعَى اليَدَ، وشَهِدَ الشُّهُودُ على أنه كان في يَدِهِ أَمْسِ. واعلم أن لِلْقَوْلَيْنِ في هذا الفَرْعِ تَعَلُّقا بالقولين، فيما إذا أَرَّخَتِ البَيِّنَتَانِ المِلْكَ بتاريخين مختلفين؛ هل يُقَدَّمُ أَسْبَقُهُمَا تَارِيخاً؛ أم يتساويان؟ ثم منهم من يَبْنِي القَوْلَيْنِ ههنا على القَوْلَيْنِ هناك، ومنهم من يعكس البِنَاءَ. وقربا من الوَجْهَيْنِ فيما إذا قال: كان لِفُلاَنٍ عَلَيَّ كذا، أو كانت هذه الدَّارُ لفلان. هل يكون إِقْرَاراً؟

وإذا قلنا: بأن الشَّهَادَةَ لا تُسْمَعُ على المِلْكِ السابق، فينبغي أن يَشْهَدَ الشَّاهِدُ على المِلْكِ في الحال. أو يقول: كان مِلْكاً له ولم يزلْ.

أو يقول: لا أَعْلَمُ له مُزِيلاً، ويجوز أن يَشْهَدَ بالمِلْكِ في الحال؛ اسْتِصْحَاباً [لحكم ما][(١)] عرفه من قبل، كشراء، وإرْثٍ، وغيرهما[(٢)]، وإن كان يَجُوزُ له زَوَالُهُ، ولو صرح في شهادته: أنه يَعْتَمِدُ الاسْتِصْحَابَ فوجهان.

حكى في «الوسيط» عن الأصحاب: أنه لا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الرَّضَاعِ على امْتِصَاصِ الثَّدْيِ، وحَرَكَةِ الحُلْقُومِ. وعن القاضي الحسين: القَبُولُ؛ لأنا نَعْلَمُ أنه لا مستند له سواه، بخلاف الرَّضَاعِ، فإنه يُدْرَكُ بِقَرَائِنَ لا تدخل في العبارة.

ولو قال: لا أدرِي، أزال مِلْكَهُ أم لا؟ لم تُقْبَلْ؛ لأن هذه صِيغَةُ المُرْتَابِينَ، وهي بَعِيدَةٌ عن أَدَاءِ الشَّهَادَةِ. ولو شهدت البَيِّنَةُ على أنه أَقَرَّ أَمْسِ للمدعى بالمِلْكِ، قُبِلَتِ الشهادة، واسْتُدِيمَ حُكْمُ الإِقْرَارِ، وإن لم يُصَرِّحِ الشَّاهِدُ بالمِلْكِ في الحال.

ومما علق عن الإمام أن منهم من طَرَدَ القَوْلَيْنِ فيه.

والظاهر الأول، وَلَوْلاَهُ لَبَطَلَتْ فَائِدَةُ الأَقَارِيرِ.

ولو قال المدعى عليه: كان ملكك[(٣)] بالأَمْسِ. فوجهان:

أحدهما: أنه لا يُؤَاخَذُ به، ولا يُنْتَزَعُ المَالُ من يَدِهِ، كما لو قامت البَيِّنَةُ على أنه كان مَلَكَهُ أَمْسِ.

وأظهرهما: الانْتِزَاعُ كما لو شَهِدَتِ البَيِّنَةُ على أنه أَقَرَّ أمس، ويفارق الإِقْرَارُ البَيِّنَةَ من جِهَةِ أن المُقِرَّ لا يُقِرُّ إلا عن تَحْقِيقٍ؛ والشَّاهِدُ قد يَتَسَاهَلُ، ويبني على التَّخْمِينِ.

فإذا لم يَنْضَمَّ إليه الجَزْمُ في الحال، ضعف، حتى لو اسْتَنَدَتِ الشَّهَادَةُ إلى التَّحْقِيقِ أيضاً، بأن قال الشَّاهِدُ: هو ملكه بالأمس، اشْتَرَاهُ من المُدَّعَى عليه بالأَمْسِ، أو أَقَرَّ له المُدَّعَى عليه بالأَمْسِ، قُبِلَتِ الشهادة. وكذلك نقله صَاحِبُ الكتاب ههنا.

وفي «الوسيط»: ولم يثبت الشَّيْخُ أبو نَصْرِ بْنُ الصَّبَّاغِ الوجهين فيما إذا قال المُدَّعَى عليه: كان ملكك بالأمس. وحكى القَطْع بأنه يُؤَاخَذُ بإِقْرَارِهِ. وردّ الوجهين إلى ما إذا قال: كان في يَدِكَ أمس. وفَرَّقَ بين المِلْكِ واليد؛ بأن اليَدَ قد تكون مُسْتَحِقَّةً، وقد لا تكون؛ فإذا كانت قَائِمَةً، أخذنا بأن الظَّاهِرَ منها الاسْتِصْحَابُ، فإذا زَالَتْ ضَعُفَتْ

---

(١) في أ: لما.

(٢) إنما يجوز الشهادة للمشتري والوارث وغيرهما بالملك إذا علم أنه كان مملوكاً للمنتقل عنه بحيث يسوغ له الشهادة بالملكية وإلا فمجرد الشراء والإرث مع جهله بملكية البائع والموروث لا يسوغ له قطعاً فليتنبه له، فإن أكثر من يشهد بذلك بهذه المثابة، وقد أشار إلى ذلك القفال في فتاويه.

(٣) في أ: ملكه.

دلالتها وإذا عرفت ما يَحْتاج الشَّاهِدُ إلى التَّعَرُّضِ له على قولنا: إن الشَّهَادَةَ عن المِلْكِ السابق لا تُسْمَعُ، فكذلك إذا قلنا: إنَّ الشَّهَادَةَ على اليَدِ السَّابِقَةِ لا تُسْمَعُ، فينبغي أن تَتَعَرَّضَ الشَّهَادَةُ لِزِيَادَةٍ، بأن يقول: كان في يدِ المُدَّعِي، وأَخَذَهُ المدعى عليه منه، أو غَصَبَهُ، أو قَهَرَهُ عليه، أو بَعَثَ العبد في شغل، أو أَبَقَ منه، فاعْتَرَضَهُ هذا، وأخذه. فحينئذ تقبل[1] الشهادة، ويُقْضَى بها لِلْمُدَّعِي، فَيُجْعَلُ صَاحِبَ يَدٍ.

وقوله في الكتاب: «لم تُسْمَعْ حتى يقول: وهو ملكه»، يمكن حَمْلُهُ من جِهَةِ اللفظ، أن يجعل جَوَاباً على الطرِيقَةِ القَاطِعَةِ، ويمكن أن يُجْعَلَ جَوَاباً. على الأَصَحِّ، على طريقة إِثْبَاتِ الخِلاَفِ. وعلى التَّقْدِيرَيْنِ فَلْيُعْلَمْ بالواو.

وكذا قوله: «ويُسْتَصْحَبُ موجب الإقرار» لما حكيناه من الخِلاَفِ، ونقل في «الوسيط» أن القاضي مَالَ إلى ذلك الوَجْهِ. وقوله: «أو أَقَرَّ له المدعى عليه بالأمس»، يجوز أن يُعَلَّمَ بالواو؛ لأن هذه الصُّورَةَ بعينها هي الصُّورَةُ السابقة[2] وهي قوله: «أما لو شهدت[3] بأنه أَقَرَّ له بالأَمْسِ. . .» إلى آخره.

وقوله: «ولا خلاف أنه لو شَهِدَ على أنه كَانَ في يَدِ المدعي أمس قُبِلَ، وجُعِلَ المُدَّعِي صَاحِبَ يَدٍ». هذا غير مُسَلَّم، بل طُرُقُ الأصحاب نَاصَّةٌ على أنه كما لو قامت البَيِّنَةُ على المِلْكِ بالأمس، بلا فَرْقٍ، بل في صُورَةِ اليَدِ. تكلم الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في «المختصر»، وحكم بِعَدَمِ القَبُولِ.

فرع:

ذكرنا أن الشُّهُودَ على المِلْكِ السابق، لو قالوا: لا نَعْلَمُ زَوَالَ مِلْكِهِ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ.

ثم عن ابن المُنْذِرِ: أن الشَّافِعِيَّ ـ رضي الله عنه ـ قال: يَحْلِفُ المُدَّعِي مع البَيِّنَةِ، فإن ذَكَرُوا مع ذلك أنه غَاصِبٌ، فلا حَاجَةَ إلى اليَمِينِ. قال القاضي أبو سعد: وهذا غَرِيبٌ[4]، وَوَجْهَهُ: أن البَيِّنَةَ قامت على خِلاَفِ الظَّاهِرِ، ولم يَتَعَرَّضْ لإسقاط ما مَعَ المُدَّعَى عليه من الظاهر فَأُضِيفَ إليها اليَمِينُ.

---

(١) في أ: وحينئذ فتقبل.

(٢) في ز: السالفة. (٣) في ز: شهد.

(٤) قد حكاه هكذا أبو عاصم العبادي وشريح الروياني ومقتضاه أنه يجب اليمين ولا يتوقف على طلب الخصم لكن نقل الدبيلي عن نص الشافعي في البويطي أنه لو أقام بينة على سلعة أنها له، فإن قالوا في شهادتهم لا نعلم أنه باع ولا وهب فذاك وإلا قضيت له بشهادتهم الأولى أنها له فإن أراد المشهود عليه أن يحلفه أنها في ملكه أحلفته. هذا لفظه ولا يبعد تنزيل ما نقله ابن المنذر على هذه الحالة ولا يستغرب.

آخر: دَارٌ في يد رجل ادَّعَاهَا آخران[١]، وأَقَامَ أحدهم البَيِّنَةَ؛ أن الدَّارَ له، غَصَبَهَا المُدَّعَى عليه منه، وأَقَامَ الآخَرُ البَيِّنَةَ أن من في يَدِهِ أَقَرَّ له، فليس[٢] بين هَاتَيْنِ البَيِّنَتَيْنِ منافاة، فيثبت المِلْكُ والغَصْبُ بالبَيِّنَةِ الأُولَى، وإذا ثَبَتَ ذلك، لُغِيَ إقرار الغاصب، لغير المَغْصُوبِ منه. والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الفَرْعُ الثَّانِي: البَيِّنَةُ المُطْلَقَةُ لاَ تُوجِبُ تَقَدُّمَ زَوَالِ المِلْكِ عَلَى مَا قَبْلَ البَيِّنَةِ حَتَّى لَوْ شَهِدَ عَلَى دَابَّةٍ فَنِتَاجُهَا قَبْلَ الإِقَامَةِ لِلمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وَالثَّمَرَةُ البَادِيَةُ عَلَى الشَّجَرَةِ أَيْضاً كَذَلِكَ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الجَنِينَ حَالَ الشَّهَادَةِ لِلمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ وَإِنْ أَمْكَنَ انْفِصَالُهُ بِالبَيْعِ وَبِالوَصِيَّةِ، وَمَعَ هَذَا فَالمَذْهَبُ أَنَّ المُشْتَرِيَ إِذَا أُخِذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ رَجَعَ عَلَى البَائِعِ، بَلْ لَوْ أَخَذَ مِنَ المُتَّهِبِ أَوْ مِنَ المُشْتَرِي رَجَعَ الأَوَّلُ أَيْضاً، وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ إِذَا لَمْ يَدَّعِ عَلَى المُشْتَرِي قَبْلَ إِزَالَةِ مِلْكِهِ مِنْهُ عَلَى أَنَّ المِلْكَ سَابِقٌ فَيُطَالِبُ البَائِعَ بِالثَّمَنِ، وَعَجِيبٌ أَنْ يُتْرَكَ فِي يَدِهِ نِتَاجٌ حَصَلَ قَبْلَ البَيِّنَةِ وَبَعْدَ الشِّرَاءِ، ثُمَّ هُوَ يَرْجِعُ عَلَى البَائِعِ وَلَكِنْ أَطْلَقَ الأَصْحَابُ الكَلاَمَ كَذَلِكَ فَلاَ يَبْعُدُ أَنْ يُقَالَ: لاَ يَرْجِعُ إِلاَّ إِذَا ادَّعِيَ مِلْكٌ سَابِقٌ عَلَى شِرَائِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: بَيِّنَةُ المُدَّعِي لا تُوجِبُ ثُبُوتَ المِلْكِ له، ولكنها تُظْهِرُهُ، فيجب أن يكون المِلْكُ سَابِقاً على إِقَامَتِهَا. ولكن لا يُشْتَرَطُ السَّبْقُ بزمان طَوِيلٍ، بل يكفي لِصِدْقِ الشُّهُودِ بلحظة لَطِيفَةٍ، فلا يُقَدَّرُ ما لا ضَرُورَةَ إليه حتى لو أَقَامَ البَيِّنَةَ على مِلْكِ دَابَّةٍ، أو شجرة، لم يَسْتَحِقَّ النِّتَاجَ، والثمرة، الحاصلتين قبل إِقَامَةِ البَيِّنَةِ.

والثمرة الظَّاهِرَةُ عند إِقَامَةِ البينة تَبْقَى للمدعى عليه[٣]، وفي الحَمْلِ الموجود عندها وجهان:

أظهرهما: أن المُدَّعِي يَسْتَحِقُّهُ، ويكون تَبَعاً للأُمِّ كما في العُقُودِ.

والثاني: المنع، ويجوز أن يكون الحَمْلُ لغير مَالِكِ الأُمِّ بسبب وَصِيَّةٍ بالحمل[٤].

وقَضِيَّةُ هذا الأَصْلِ أن يقال: من اشْتَرَى شَيْئاً فَادَّعَاهُ مُدَّعٍ، وأخذ منه بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ، لم يكن له أن يَرْجِعَ على بَائِعِهِ بالثَّمَنِ، لجواز أن يكونَ المِلْكُ مُنْتَقِلاً من

(١) في ز: آخرون. (٢) في أ: ليس.
(٣) وقيمته القطع به لكن في المسألة وجهان لابن سريج حكاهما المحاملي في التجريد في كتاب البيوع.
(٤) وجعله المنع وجهاً ممنوع وإنما هو احتمال أبداه الإمام والمنقول الأول من غير خلاف، وقد حكاه الإمام عنهم.

المُشْتَرِي إلى المُدَّعِي، فتكون المُبَايَعَةُ صَحِيحَةً مُصَادِفَةً مَحَلَّهَا، لكن المَشْهُورَ في المَذْهَبِ ثُبُوتُ الرُّجُوعِ إذا انتزع المال منه بالحُجَّةِ المطلقة، بل لو باع المُشْتَرِي، أو وهب، وانْتُزِعَ من المُتَّهِبِ، أو من المشتري منه، كان لِلْمُشْتَرِي الأَوَّلِ الرُّجُوعُ أيضاً. وسَبَبُهُ مَسِيسُ الحَاجَةِ إليه في عُهْدَةِ العقود، وأيضاً فإن الأَصْلَ أن لا مُعَامَلَةَ بين المشتري والمدعى، ولا انتقال منه فَيَسْتَنِدُ المِلْكُ المَشْهُودُ به إلى ما قبل الشِّرَاءِ.

وعن القاضي الحُسَيْنِ إِبْدَاءُ وَجْهٍ: أنه لا رُجُوعَ إلا إذا كان المُدَّعَى مِلْكاً سَابِقاً، وَفَاءً بِالأَصْلِ المذكور، وَحُمِلَ ما أطلقه الأصحاب عليه. وذكر القاضي أبو سَعْدٍ الهَرَوِيُّ: أن الفَقِيهَ أبا نَصْرٍ البَلْخِيَّ من أصحاب الرَّأْيِ، حَكَى عن أصحابنا: أن قِيَامَ البَيِّنَةِ تَقْتَضِي سَبْقَ المِلْكِ حتى يكون النِّتَاجُ لِلْمُدَّعِي.

ولما كان الجَمْعُ بين إِبْقَاءِ النِّتَاجِ في ملكه، وبين تَمَكُّنِهِ من الرُّجُوعِ باليمين[1] بعيداً تأباه الطِّبَاعُ، دفع تَارَةً بأن قيل: لاَ رُجُوعَ. وأخرى بأن قِيلَ: لا يَبْقَى النِّتَاجُ له.

ولْيُعَلَمْ لهذا الوجه قوله في الكتاب: «فَنِتَاجُهَا قبل الإِقَامَةِ للمدعى عليه» بالواو.

وكذلك قوله: «والثَّمَرَةُ البَادِيَةُ على الشجرة أيضاً» بذلك. وقوله: «وتُحْمَلُ مطلقة إذا لم يَدَّعِ على المشتري قبل إِزَالَة مِلْكِهِ عنه، على أن المِلْكَ سَابِقٌ»، أَشَارَ به إلى أن ظَاهِرَ المَذْهَبِ ثُبُوتُ الرُّجُوعِ، سواء قَيَّدَ المِلْكَ المُدَّعَى بما قبل الشراء، أو أَطْلَقَ الدَّعْوَى.

وإنما يَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ إذا ادَّعَى على المُشْتَرِي أنه نَقَلَ المِلْكَ إليه، وأقام البَيِّنَةَ كذلك. وعلى الوجه الآخر إنما يَثْبُتُ الرُّجُوعُ إذا ادَّعَى مِلْكاً سَابِقاً على الشِّرَاءِ، وأقام البَيِّنَةَ عليه.

وقوله: «وعَجِيبٌ أن يُتْرَكَ في يَدِهِ نِتَاجٌ حَصَلَ قبل البَيِّنَةِ، وبعد الشراء، ثم هو يَرْجِعُ على البائع». أراد الاسْتِبْعَادَ الذي بَيَّنَّاهُ. وقد حُكِيَ عن القاضي الحسين: أنه أَكْثَرَ البَحْثَ عنه، وأنه قال: لم أَجِدْ عند أَحَدٍ من الجواب ما يَسْتَحِقُّ أن يُحْكَىٰ؛ إلا أني سَأَلْتُ عنه فَقِيهاً من أَصْحَابِ أبي حَنِيفَةَ، إنما يثبت الرُّجُوع؛ لأن البَائِعَ بالبَيْعِ كأنه ضَمِنَ سَلاَمَةَ المَبِيعِ للمشتري، وإذا لم يسلم وأُخِذَ منه، كان له أن يَرْجِعَ بحكم الضَّمَانِ الذي تَضَمَّنَهُ البيع.

وقوله: «فلا يَبْعُدُ أن يقال: لا يُرْجَعُ إلا إذا ادَّعَى مِلْكاً سابقاً على شرائه». ذَكَرَ هذا الكَلاَمَ ذِكْرَ من هو مُبْتَدِىءٌ بالشيء، لكنه قد حَكَاهُ في «الوسيط» عن القاضي الحُسَيْنِ. وكذلك الإِمَامُ وغيرهما ـ رحمهما الله ـ.

---

(١) في ز: بالثمن.

فرع:

المُشترَى من المُشتَرِي إذا استَحَقَّ المَالَ في يَدِهِ وانتُزِعَ منه ولم يَظْفَرْ ببائعه، هل له أن يُطَالِبَ الأَوَّلَ بالثمن؟ في فَتَاوَىٰ القاضي الحُسَيْنِ أن الأَصَحَّ، أنه لا يُطَالِبُهُ، ويُشْبِهُ ذلك مَنْ مَاتَ، وعليه دَيْنٌ، وادَّعَى وَارِثُهُ دَيْناً له على غيره، وأَنْكَرَ المُدَّعَى عليه، ونَكَلَ الوارث، هل يَحْلِفُ الغَرِيمُ؟

قَالَ الغَزَالِيُّ: الثَّالِثُ إِذَا ادَّعَىٰ مِلْكاً مُطْلَقاً فَذُكِرَ الشَّاهِدُ المِلْكَ وَسَبَبَهُ لَمْ يَضُرَّ، وَلَكِنْ لَوْ أَرَادَ التَّرْجِيحَ بِالسَّبَبِ وَجَبَ إِعَادَةُ البَيِّنَةِ بَعْدَ الدَّعْوَى لِلسَّبَبِ، وَلَوْ ذَكَرَ الشَّاهِدُ سَبَباً آخَرَ سِوَى مَا ذَكَرَهُ المُدَّعِي تَنَاقَضَتِ الشَّهَادَةُ وَالدَّعْوَى فَلاَ تُسْمَعُ عَلَى أَصْلِ المِلْكِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا ادَّعى مِلْكاً مُطْلَقاً فَشَهِدَ الشُّهُودُ بالمِلْكِ، وذكروا سَبَبَهُ، لم يَضُرَّ، بخلاف ما إذا ادَّعى أَلْفاً، فَشَهِدَ الشُّهُودُ بِأَلْفَيْنِ، حيث تُرَدُّ شَهَادَتُهُمْ في الزيادة على الأَلْفِ، وفي الألف [الأخرى][1] اختلاف مَذْكُورٌ في باب الإِقْرَارِ.

والفَرْقُ؛ أن ذِكْرَ سَبَبِ المِلْكِ تابع لِلْمِلْكِ، وليس مقصوداً في نَفْسِهِ، بخلاف الأَلْفِ مع الأَلْفِ، فلو أراد المُدَّعِي تَقْدِيمَ بَيِّنَتِهِ بذكر السَّبَبِ، بِنَاءً على أن ذِكْرَ السَّبَبِ يَقْتَضِي التَّرْجِيحَ، لم يَكْفِ للترجيح تَعَرُّضُهُمْ للسبب؛ [أولاً][2] لوقوعه قبل الدَّعْوَى والاسْتِشْهَادِ، بل يدعي الملك وسببه، وهم يُعِيدُونَ الشَّهَادَةَ، فحينئذ تُرَجَّحَ بَيِّنَتُهُ.

وفيه وجه: أنه لا حَاجَةَ إلى إِعَادَةِ البَيِّنَةِ، ويكفي أن تكون الشَّهَادَةُ على ما هو المَقْصُودُ، وَاقِعَةً بعد الدعوى والاسْتِشْهَادِ.

ولو ادعى المِلْكَ، وسَبَبَهُ، وشَهِدَ الشُّهُودُ بالملك، ولم يذكروا السَّبَبَ، قُبِلَتْ شهادتهم؛ لأنهم شَهِدُوا بالمقصود. ولا تَنَاقُضَ.

ولو ادَّعَى المِلْكَ، وسَبَبَهُ، وذكر الشهود سَبَباً، سِوَى ما ذكره. فالوَجْهُ الصحيح، إِبْطَالُ شَهَادَتِهِمْ؛ لما بَيْنَهَا وبين الدعوى من التَّنَاقُضِ.

وقيل: تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ على أَصْلِ المِلْكِ، ويَلْغُو ذكر الشهود السبب.

ولو شهد شَاهِدٌ بِأَلْفٍ عن ثَمَنِ مَتَاعٍ، وشاهد بِأَلْفٍ عن قَرْضٍ، والدعوى مُطْلَقَةٌ، فقد ذكرنا في الإِقْرَارِ؛ أنه لا يَثْبُتُ بشهادتهما شَيْءٌ. وقِيَاسُ الوَجْهِ الثاني على ضَعْفِهِ ثُبُوتُ الألف[3].

---

(١) سقط في: ز. (٢) سقط في: ز.

(٣) والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها أن الإقرار ليس من شرطه تقدم دعوى بخلاف المسألة المتقدمة.

فرع:

دَارٌ في يد إنسان، وقد حَكَمَ له حَاكِمٌ بِمِلْكِيَّتِهَا، فجاء خارج وادَّعَى انْتِقَالَ المِلْكِ منه إليه، وشَهِدَ الشُّهُودُ على انْتِقَالِهِ إليه بسبب صحيح، ولم يُبَيِّنُوهُ.

قال القاضي أبو سَعْدٍ: وقعت هذه المَسْأَلَةُ، فأفتى فيها فُقَهَاءُ «همذان» بِسَمَاعِ هذه البَيِّنَةِ، والحُكْمِ بها لِلْخَارِجِ، كما لو عَيَّنُوا السَّبَبَ.

ورأيت في فَتَاوَى المَاوَرْدِيِّ، والقاضي أبي الطيب بِخَطِّهِمَا كذلك، قال: وَمَيْلِي إلى أنها لا تُسْمَعُ، ما لم يُبَيِّنُوا، وهو طريقة القَفَّالِ وغيره؛ لأن أسباب[1] الانْتِقَالِ مُخْتَلَفٌ فيها بين أهل العِلْمِ، فصار كالشَّهَادَةِ. على أن فُلاَناً وَارِثٌ لا تُقْبَلُ ما لم يُبَيِّنُوا جهة الإِرْثِ.
هذا تَمَامُ الكلاَمِ في تَعَارُضِ البَيِّنَتَيْنِ في الأَمْلاَكِ المُطْلَقَةِ. والله أعلم بالصواب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **اَلطَّرَفُ الثَّانِي فِي العُقُودِ وَفِيهِ مَسَائِلُ: الأُولَىٰ: إِذَا قَالَ: أَكْرَيْتُكَ البَيْتَ بِعَشَرَةٍ وَقَالَ المُكْتَرِي بَلْ أَكْرَيْتَ الدَّارَ بِالعَشَرَةِ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً فَالأَصَحُّ أَنْ لاَ تَرْجِيحَ لِأَنَّ هَذِهِ زِيَادَةٌ فِي المَشْهُودِ بِهِ، وَكَذَٰلِكَ لَوِ ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا الكِرَاءَ عَشَرَةً وَالآخَرُ عِشْرِينَ فَيَتَعَارَضَانِ وَلاَ يَجْرِي إلاَّ قَوْلُ التَّهَاتُرِ أَوِ القُرْعَةُ، أَمَّا القِسْمَةُ فَلاَ يُمْكِنُ إِذِ الزِّيَادَةُ يَدَّعِيهَا أَحَدُهُمَا وَيَنْفِيهَا الآخَرُ وَلاَ يُثْبِتُهَا لِنَفْسِهِ، وَقَوْلُ الوَقْفِ لاَ يُمْكِنُ إِذْ تَفُوتُ المَنَافِعُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قال المُكْرِي: أَكْرَيْتُكَ هذا البَيْتَ من الدَّارِ شَهْرَ كذا بعشرة، وقال المُكْتَرِي: بل اكتريت جَمِيعَ الدَّارِ بالعشرة. فهذا اخْتِلاَفٌ بين المُتَكَارِيين في قَدْرِ المكري، فإن لم يَكُنْ لواحد منهما بَيِّنَةٌ، فَيَتَحَالَفَانِ، ثم يُفسخ العَقْدُ، أو ينفسخ، على ما تَبَيَّنَ في باب التَّحَالُفِ، وعلى المُكْتَرِي أُجْرَةُ مِثْلِ ما سَكَنَ من الدَّارِ، أو البيت.

وإن أَقَامَ أحدهما البَيِّنَةَ على ما يَقُولُهُ دُونَ الآخر، قُضِيَ بالبَيِّنَةِ المُقَامَةِ.

وإن أقام كل واحد منهما البَيِّنَةَ، فقولان، ويُقَالُ: وَجْهَانِ؛ لأن الأَوَّلَ منهما من تَخريجِ ابْنِ سُرَيْجٍ:

أحدهما: ويُحْكَى عن أبي حَنِيفَةَ: أن بَيِّنَةَ المُكْتَرِي أَوْلَى؛ لاشْتِمَالِهَا على زِيَادَةٍ، وهي اكْتِرَاءُ جميع الدَّارِ. واسْتُشْهِدَ لذلك بما لو شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بألف، وبَيِّنَةٌ بألفين، يَثْبُتُ الألفان.

وأصحهما: وهو المنصوص: أن البَيِّنَتَيْنِ مُتَعَارِضَتَانِ، والزِّيَادَةُ المُرَجِّحَةُ هي المُشْعِرَةُ بِمَزِيدِ عِلْمٍ، وَوُضُوحِ حَالٍ في أحد جَانِبَيْ ما فيه التَّنَافِي، كاستِنَادٍ إلى سَبَبِ

---

(١) في ز: إثبات.

وسَبْقٍ وانْتِقَالٍ عن استصحاب أصل، والزِّيَادَةُ فيما نحن فيه لَيْسَتْ كذلك، وإنما هي زِيَادَةٌ في المشهود به.

ويُفَارِقُ بَيِّنَةُ الألف وبَيِّنَةُ الألفين، فإنهما لا يَتَنَافيَانِ؛ لأن التي تَشْهَدُ بالألف لا تَنْفِي الألفين[1]. وههنا العَقْدُ وَاحِدٌ، وكل كيفية تُنَافِي الكَيْفِيَّةَ الأُخْرَىٰ، فيثبت التَّعَارُضُ، فعلى هذا تُخَرَّجُ المسألة على القَوْلَيْنِ في التَّعَارُضِ.

فإن قلنا بالتَّهَاتُرِ، سَقَطَتِ البَيِّنَتَانِ، ورجعنا إلى التَّحَالُفِ. وإن قلنا: بالاسْتِعْمَالِ، فيجيء قَوْلُ القُرْعَةِ، وفي الحَلِفِ معها مَا مَرَّ في موضعه.

وعن أبي الطَّيِّبِ بْنِ سَلَمَةَ: أنه لا يُقْرَعُ؛ لأن القُرْعَةَ إنما يُصَارُ إليها عند تَسَاوِي الجَانِبَيْنِ، ولا تَسَاوِيَ، بل جَانِبُ المُكْرِي أَقْوَى؛ لملك الرَّقَبَةِ، وأما قَوْلاَ القِسْمَةِ والوقوف، فالمشهور أنهما لا يَجِبَانِ.

أما القِسْمَةُ فلوجهين:

أحدهما: أن النِّزَاعَ ههنا في العَقْدِ، والعَقْدُ لا يُتَصَوَّرُ أن يُقَسَّمَ، بخلاف المِلْكِ.

والثاني: وهو المَذْكُورُ في الكتاب: أن القِسْمَةَ إنما تَجْرِي، إذا ادَّعَى كل واحد منهما الشَّيْءَ لِنَفْسِهِ. وههنا الزِّيَادَةُ يَدَّعِيهَا أَحَدُهُمَا، وَيَنْفِيهَا الآخَرُ، ولا يُثْبِتُهَا لنفسه.

وأما الوَقْفُ؛ فلوجهين أيضاً:

أحدهما: وهو الذي ذكره أَكْثَرُهُمْ: أن العُقُودَ [لا][2] توقف على أَصْلِنَا، والنِّزَاعُ ههنا في العَقْدِ.

والثاني: وهو المَذْكُورُ في الكتاب: أن المَنَافِعَ تُفَوَّتُ في مُدَّةِ الوقف، وفي هذه التَّوْجِيهَاتِ تَرَدُّدٌ.

أما الوجه الأول في القِسْمَةِ، فالعَقْدُ غير مَقْصُودٍ في نفسه، وإنما المَقْصُودُ، المعقود عليه، فجاز أن تُرَدَّ القِسْمَةُ على ما فيه التَّنَازُعُ من المَعْقُودِ عليه، كما لو تَنَازَعَا في مِلْكٍ، وذكر كل واحد منهما: أنه اشْتَرَاهُ من فُلاَنٍ وَقْتَ كذا، وأقاما بَيِّنَتَيْنِ.

وأما الثاني: فالقول بأن الزِّيَادَةَ يَنْفِيهَا أَحَدُهُمَا، ولا يُثْبِتُهَا لنفسه ـ ممنوع، بل كُلُّ واحد منهما يَدَّعِيهَا. هذا بحكم الإِجَارَةِ، وهذا بحكم ملك[3] الرَّقَبَةِ، وانحصار الإِجَارَةِ في البيت، فلم لا يَكْفِي هذا القدر لِلْقِسْمَةِ؟ وأما الوجه الأول في الوَقْفِ، فإن الوَقْفَ الذي لا نَقُولُ به ـ هو أن تَتَخَلَّفَ بَعْضُ شُرُوطِ العَقْدِ، فيحكم بانْعِقَادِهِ مَوْقُوفاً إلى أن

---

(١) في أ: الألف.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في أ: ملك بحكم.

يوجد ذلك الشرط، كَإِذْنِ المَالِكِ في بيع الفُضُولِيِّ، وليس هذا الوَقْفُ كذلك، بل معنى الوَقْفِ ههنا: أنا نَتَوَقَّفُ، ولا نُمْضِي حُكْماً، إلى أن ينكَشِفَ الحال، أو يَصْطَلِحَا. ومثل هذا مَعْهُودٌ في أصولنا.

وأما الثاني: فإنما تفوت المنافع لو عُطِّلت، ويمكن أن يُقَالَ: إن الزِّيَادَةَ تؤجر، وتُوقَفُ الأُجْرَةُ إلى الانْكِشَافِ، والاصْطِلاَحِ.

وربما تَوَلَّدَ من هذه الإِشْكَالاَتِ قَوْلُ نَقَلَهُ المَوَفَّقُ بْنُ طَاهِرٍ عن رواية المَاسَرْجَسِيِّ: أنه تجوز القِسْمَةُ في المِلْكِ، والوَقْفِ في الأُجْرَةِ، وإِنْ[١] اختلف المُتَكَارِيَانِ، والزيادة في جَانِبِ المُكْرِي. بأن قال: أَكْرَيْتُكَ كذا بِعِشْرِينَ، وقال المُكْتَرِي: بل أَكْرَيْتَنِيهِ بَعَشَرَةٍ، فقول التَّعَارُضِ بحاله. وعلى المَحْكِيِّ عن ابن سُرَيْجٍ بَيِّنَةُ المكتري[٢] رَاجِحَةٌ للزيادة، ويطرد[٣] ما ذكره فيما إذا اخْتَلَفَ المُتَبَايِعَانِ، وأقام كل واحد منهما بَيِّنَةً، وفي إحداهما زِيَادَةٌ. ولو وجدت الزِّيَادَةُ في كل واحد من الجَانِبَيْنِ؛ بأن قال المُكْرِي: أَكْرَيْتُكَ هذا البَيْتَ بعشرين، وقال المُكْتَرِي: بل جَمِيعَ الدَّارِ بعشرة فلابن سريج رأيان[٤]:

أحدهما: الرُّجُوعُ إلى التَّعَارُضِ لِتَقَابُلِ الزيادتين.

وأضعفهما: أنه يَأْخُذُ بالزيادة الجانبين، فتجعل جميع الدار تُكْرَى بالعشرين. وهذا خِلاَفُ قَوْلِ المتداعيين والشُّهُودِ جميعاً.

ثم قال العِرَاقِيُّونَ، والقاضي الرُّويَانِيُّ، وغيرهم: هذا كُلُّهُ فيما إذا كَانَتِ البَيِّنَتَانِ مُطْلَقَتَيْنِ، أو مُؤَرَّخَتَيْنِ بِتَارِيخٍ وَاحِدٍ، أو إحداهما مُطْلَقَةٌ، والأخرى مُؤَرَّخَةٌ.

فأما إذا كَانَتَا مُؤَرَّخَتَيْنِ بتاريخين مختلفين؛ بأن أَقَامَ أحد المُتَكَارِيَيْنِ بَيِّنَتَهُ على أن كذا مكرىً سنة[٥] من أَوَّلِ رمضان، وأَقَامَ آخر بَيِّنته على أن كذا مكرى سنة من أول شوال، فأيهما يُقَدَّمُ؟ حكى القَاضِي أبو سَعْدٍ فيه قولين:

أحدهما، وهو جَوابُ العراقيين والروياني؛ أن التي هي أَسْبَقُ تَارِيخاً، أَوْلَى؛ لأن السَّابِقَ من العَقْدَيْنِ صَحِيحٌ لا مَحَالَةَ، فإنه إن سَبَقَ العَقْدُ [على الدار، صح، ولُغِيَ العَقْدُ الوَارِدُ على البيت بعده. وإن سَبَقَ العَقْدُ على][٦] البيت صَحَّ، والعقد الوَارِدُ على الدار بعده يَبْطُلُ في البيت، ويُخَرَّجُ في باقي الدَّارِ على الخِلاَفِ في تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ، فرجح الأولى بذلك.

---

(١) في أ: فإن.
(٢) في ز: المكري.
(٣) في أ: فيطرد.
(٤) في ز: فلابن صريح رايات.
(٥) في ز: ببينته.
(٦) سقط في: أ.

والثاني: أن البَيِّنَةَ الأُخْرَى أَوْلَى، وقد يُوَجَّهُ بأن العَقْدَ الثاني نَاسِخٌ للأول، وربما تخللتها[١] إِقَالَةٌ وعن صاحب «التقريب» وغيره: أن مَوْضِعَ هذين القولين ما إذا لم يَتَّفِقَا على أنه لم يَجْرِ إلا عَقْدٌ وَاحِدٌ، فإن اتَّفَقَا عليه، فالبَيِّنَتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ أيضاً.

ولك أن تَقُولَ: وجب أن يُقَالَ: مَوْضِعُ التَّعَارُضِ في البَيِّنَتَيْنِ المُطْلَقَتَيْنِ، وفي اللَّتَيْنِ إحداهما مُطْلَقَةٌ، والأخرى مُؤَرَّخَةٌ أيضاً ـ ما إذا اتَّفَقَا على أنه لم يَجْرِ إلا عَقْدٌ واحد، فإن لم يَتَّفِقَا عليه، فلا تَنَافِيَ بين البَيِّنَتَيْنِ؛ لجواز أن يكون تَارِيخُ المطلقتين مُخْتَلِفاً. وأن يكون تَارِيخُ المُطْلَقَةِ غَيْرَ تَارِيخِ المُؤَرَّخَةِ، وإذا لم يكن تَنَافٍ، ثبت أَكْثَرُ الزِّيَادَةِ بالبَيِّنَةِ الزائدة.

وقوله في الكتاب: «فالأصح ألا ترجيح» مُعَلَمٌ بالحاء لما سبق.

وقوله: «وكذلك إذا ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا الكراء[٢] بعشرة...» إلى آخره، يعني الأَصَحَّ في هذه الصورة أيضاً، أنه لا تَرْجِيحَ، بل يَتَعَارَضَانِ في الصورتين.

وقوله: «أو القرعة» مُعَلَمٌ بالواو، لما ذكرنا عن ابْنِ سَلَمَةَ. وأيضاً فالذَّاهِبُونَ إلى القِسْمَةِ، أو الوَقْفِ في صورة التَّعَارُضِ، منهم من يرجح[٣] إلى التَّسَاقُطِ عند تَعَذُّرِهِمَا لا إلى القُرْعَةِ. وقوله: «أما القِسْمَةُ فلا يمكن».

وقوله: «وقول الوَقْفِ لا يمكن» مُعَلَمَانِ بالواو، لرواية المَاسَرْجَسِيِّ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ ادَّعَىٰ رَجُلاَنِ دَاراً فِي يَدِ ثَالِثٍ يَزْعُمُ كُلُّ وَاحِدٍ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْهُ، وَوَفَّرَ الثَّمَنَ، فَإِنْ سَبَقَ تَارِيخُ أَحَدِهِمَا قُدِّمَ، وَإِلاَّ جَرَتِ الأَقْوَالُ الأَرْبَعَةُ، لَكِنْ إِذَا لَمْ يُسَلَّمْ لأَحَدِهِمَا شَيْءٌ مِنَ الدَّارِ إِمَّا بِقُرْعَةٍ أَوْ قِسْمَةٍ رُجِعَ إِلَى الثَّمَنِ إِذْ لاَ تَضَادَّ فِي اجْتِمَاعِ الثَّمَنَيْنِ، فَلَوْ قَضَيْنَا بِالقِسْمَةِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ خِيَارُ الفَسْخِ فَإِذَا فُسِخَ أَحَدُهُمَا رَجَعَ إِلَى الثَّمَنِ وَكَانَ لِلآخَرِ أَخْذُ جَمِيعِ الدَّارِ، وَفِي المَسْأَلَةِ قَوْلٌ خَامِسٌ أَنَّهُ يَسْتَعْمِلُ البَيِّنَةَ فِي فَسْخِ العَقْدَيْنِ لِتَعَذُّرِ الإِمْضَاءِ، فَيَرْجِعَانِ إِلَى الثَّمَنَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: دَارٌ في يد رجل، جاء اثْنَانِ، ادَّعَى كُلُّ واحد منهما أَنِّي اشْتَرَيْتُهَا من صَاحِبِ اليَدِ بكذا، وَوَفَّرت الثَّمَن، وطَالَبَهُ بتسليم الدَّارِ، فَيُنْظَرُ: إن أَقَرَّ لأحدهما سُلِّمَتِ الدَّارُ إليه، وهل للآخر تَحْلِيفُهُ؟

قال الشيخ أبو الفَرَجِ: إن قلنا: إن إِتْلاَفَ البَائِعِ كَآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ، فليس له

---

(١) في ز: يحللها.
(٢) في ز: الكذا.
(٣) في ز: رجع.

تَحْلِيفُهُ(١)؛ لأن قَضِيَّةَ قوله: إن البيع قد انْفَسَخَ بِتَفْوِيتِ البَائِعِ عليه.

وإن قُلْنَا: [إنه](٢) كَإِتْلاَفِ الأَجْنَبِيِّ، وأَثْبَتْنَا الخِيَارَ فأجاز، وأَرَادَ أن يَطْلُبَ من البائع قِيمَتَهُ، فَيُبْنَى التَّحْلِيفُ على الخِلاَفِ في أنه لو أَقَرَّ لِلثَّانِي بعد الإِقْرَارِ الأَوَّلِ، هل يُغَرَّمُ؟ وقد سَبَقَ نظيره، ولا تَمْتَنِعُ دَعْوَى الثَّمَنِ على الآخر؛ فإنه كهلال المبيع قبل القَبْضِ في زَعْمِهِ، وإن أَنْكَرَ ما ادَّعَيَا، ولا بَيِّنَةَ، حلف لكل وَاحِدٍ منهما يَمِيناً، وقُرِّرَتِ الدَّارُ في يده(٣). وإن أقام أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً سُلِّمَتِ الدَّارُ إليه، وليس للآخر تَحْلِيفُهُ، لِتَغْرِيمِ العَيْنِ؛ فإنه لم يفوتها عليه، وإنما أُخِذَت بالبينة(٤) وله دَعْوَى الثَّمَنِ.

وإن أقام كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً، نظرنا، فإن كانا مُؤَرَّخَتَيْنِ بتَارِيخَيْنِ مختلفين، قُضِيَ بأَسْبَقِهِمَا تَارِيخاً؛ لأنه إذا بَاعَ من أحدهما، لم يَتَمَكَّنْ من البَيْعِ من الثاني، وإن لم يكونا كذلك، فإما أن يَسْتَمِرَّ صَاحِبُ اليد على الإِنْكَارِ والتَّكْذِيبِ، أو يُصَدِّقَ بعد قِيَامِ البَيِّنَتَيْنِ.

أحدهما الحالة الأولى: إذا اسْتَمَرَّ على التَّكْذِيبِ، فالبَيِّنَتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ، فإن قلنا: بالتَّهَاتُرِ سَقَطَتَا، وحَلَفَ المُدَّعَى عَلَيْهِ لكل وَاحِدٍ منهما، كما لو لم يكن بَيِّنَةٌ، وهل لهما اسْتِرْدَادُ الثَّمَنِ؟... فيه وَجْهَانِ مَنْقُولاَنِ في «الإِبَانَةِ»:

أحدهما: لا؛ لحكمنا بِسُقُوطِ البَيِّنَتَيْنِ.

وأظهرهما: نعم؛ لأن بَيِّنَةَ كُلِّ واحد منهما شَهِدَتْ بِتَوَفُّرِ الثمن، وإنما يَسْقُطَانِ فيما فيه التَّعَارض، وهو رَقَبَةُ الدَّارِ دون الثَّمَنَيْنِ، وهذا إذا لم تَتَعَرَّضِ البَيِّنَةُ لقبض المَبِيعِ. فإن فُرِضَ التَّعَرُّضُ له، فلا رُجُوعَ بالثَّمَنِ؛ إذ العَقْدُ قد اسْتَقَرَّ بالقَبْضِ، وليس على البَائِعِ عُهْدَةُ ما يحدث بعده.

وإن قلنا: بالاسْتِعْمَالِ، فالأَشْهَرُ، أنه لا يجيء قَوْلُ الوَقْفِ، بِنَاءً على أن النِّزَاعَ في العَقْدِ والعُقُود لا توقف.

---

(١) قضيته ترجيح منع التحليف وتزداد على قول الروياني: ليس لنا موضع يقر لأحد المدعين ولا يحلف للآخر إلا في مسألة العتق وقال الماوردي: إن صدق أحدهما وكذب الآخر كانت العين المبيعة للمصدق. فإن طلب المذكور إحلاف البائع نظر إن كان قد سبق بالدعوى فله إحلافه لأنه استحق اليمين بإنكاره قبل دعوى المصدق وإن ادعى بعد تصديق الآخر فلا يمين عليه إلا على تخريج يذكره فإن عاد البائع فصدق الثاني بعد تصديقه الأول بالمبيع الأول ليقدم إقراره له.

(٢) سقط في: أ.

(٣) قضية سكوته عن الثمن أنه لا يغرمه، وفي البيان هل لهما استرداد الثمن وجهان حكاهما المسعودي أحدهما نعم لاتفاق البيتين على أنه يسلمه والثاني المنع لأنا قد حكمنا بتساقطهما.

(٤) في ز: البينة.

والأَوْجَهُ، وهو المذكور في الكتاب مَجيئُهُ لأنا لا نُوقِفُ نَفْسَ العَقْدِ، وإنما نحن نَتَوَقَّفُ؛ لِيَنْكَشِفَ الحَالُ على مَا مَرَّ. وعلى هذا تُنْتَزَعُ الدَّارُ منه.

قال الإمَامُ: وكذا الثَّمَنَانِ، ويُوقَفُ الكل.

وإن قُلْنَا: بالقُرْعَةِ، فمن خرجت له القُرْعَةُ تُسَلَّمُ إليه الدَّارُ بالثَّمَنِ الذي سَمَّاهُ، والآخَرُ يسترد الثَّمَنَ الذي أَدَّاهُ. وإن قلنا: بالقِسْمَةِ، فلكل وَاحِدٍ منهما نِصْفُ الدَّارِ بنصف الثَّمَنِ الذي سماه، ولكل واحد منهما خِيَارُ الفَسْخ؛ لأنه لم يُسَلَّمْ له جَمِيعَ ما اشْتَرَاهُ، فإن فَسَخَا جَمِيعاً، اسْتَرَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ منهما جَمِيعَ الثَّمَنِ المَشْهُودَ به.

وإن أَجَازَا [جميعاً][1] اسْتَرَدَّ كُلُّ واحد منهما نِصْفَ الثمن المَشْهُودِ به؛ بِنَاءً على الصحيح. وهو أن الإِجَازَةَ بالقِسْطِ، لا بجميع الثَّمَنِ.

ويجوز أن يُجِيزَ أَحَدُهُمَا، ويَفْسَخَ الآخر، ويَسْتَرِدُّ جميع الثمن، ثم إن سَبَقَتِ الإِجَازَةُ الفَسْخَ، رَجَعَ المُجِيزُ بنصف الثَّمَنِ، ولم يكن له أن يَأْخُذَ النِّصْفَ المَرْدُودَ، ويضمه إلى ما عنده؛ لأنه حين أَجَازَ، رَضِيَ بالنصف.

وإن سَبَقَ الفَسْخُ الإِجَازَةَ، فهل لِلْمُجِيزِ أَخْذُ الجميع؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنا نَتَكَلَّمُ على قَوْلِ القِسْمَةِ، [ولا يَأْخُذُ كُلُّ واحد منهما إلا ما تَقْتَضِيهِ القِسْمَةُ][2]، والمَرْدُودُ يَعُودُ إلى البَائِعِ.

وأظهرهما: وبه أجاب العِرَاقِيُّونَ: له ذلك؛ لأن بَيِّنَتَهُ قد قَامَتْ على الكُلِّ، وإنما لم يأخذ الكل لِمُزَاحَمَةِ الآخر، فإذا انتفت[3] زحمته أخذ، وليس كالصُّورَةِ السَّابِقَةِ؛ فإنه قَنَعَ هناك بالنِّصْفِ، وانفصل أمره[4].

وبالقول الآخَرِ وهو القِسْمَةُ، أجاب الشَّافِعِيُّ ـ رضي الله عنه ـ في هذه المسألة، ورَوَى الرَّبِيعُ قَوْلاً آخَرَ في المسألة: وهو أن البَيْعَيْنِ مَفْسُوخَانِ ويرجع إلى قول المدعى عليه، فيقضي [بموجب قوله][5] وامْتَنَعَ جَمَاعَةٌ من الأَصْحَابِ مِن إِثْبَاتِهِ قَوْلاً للشافعي ـ رضي الله عنه ـ، منهم من خَطَّأَهُ، ومنهم من قال: هو من كيسه وتخريجه.

الحالة الثانية: إذا صَدَّقَ صَاحِبُ اليد أَحَدَ المُتَدَاعِيَيْنِ وشهوده، فعلى قول التَّهَاتُرِ، تُسَلَّمُ الدَّارُ إلى المُصَدِّقِ، وهو كما لو لم تكن بَيِّنَةٌ، وأقر لأحدهما.

وإن قلنا: بالاسْتِعْمَالِ، فوجهان ـ قال ابن سُرَيْجٍ يقدم من صدقه البائع؛ لأن الدَّارَ

---

(١) سقط في: أ.
(٢) سقط في: أ.
(٣) في ز: انقطعت.
(٤) في ز: أجره.
(٥) سقط في: أ.

في يَدِهِ، فمن صدقه كأنه نَقَلَ إليه يده، فَتَجْتَمِعُ البَيِّنَةُ واليد. والأَصَحُّ المَنْعُ؛ لاتِّفَاقِ البَيِّنَتَيْنِ على إِسْقَاطِ يده، وانْتِزَاعِ المَالِ منه باتِّفَاقِ الأَقْوَالِ.

واليد المُزَالَةُ لا تَقْتَضِي تَرْجِيحاً، فعلى هذا الحُكْم كما لو لم يصدق وَاحِد [منهما][1] وَقَدَّمَاهُ، ثم اعرف شيئين:

أحدهما: أن الأَصْحَابَ لم يُفَرِّقُوا فيما إذا لم تَكُنِ البَيِّنَتَانِ مُؤَرَّخَتَيْنِ بتاريخين مختلفين وبين أن يكونا مُطْلَقَتَيْنِ، أو مُؤَرَّخَتَيْنِ بِتَارِيخٍ واحد، أو إحداهما مُطْلَقَةٌ، والأخرى مُؤَرَّخَةٌ، بل صَرَّحُوا بالتَّسْوِيَةِ. إلا أن أبا الفَرَجِ لزَّاز اسْتَدْرَكَ فقال: هذا إذا لم نُقَدِّمِ البَيِّنَةَ المُؤَرَّخَةَ على المُطْلَقَة، فإن قَدَّمْنَاهَا، قَضَيْنَا لصاحب البَيِّنَةِ المُؤَرَّخَةِ، ولا تجيء الأَقْوَالُ[2].

والثاني: خَصَّصُوا الوَجْهَيْنِ في أن تَصْدِيقَ صَاحِب اليد، هل يَقْتَضِي التَّرْجِيحَ؟ بما إذا فرغنا على قَوْلِ اسْتِعْمَالِ البَيِّنَتَيْنِ.

وأما على قول التَّهَاتُرِ، فلم يُفَرِّقُوا بين أن يصدق، أو لا يصدق. كما حَكَيْنَا، ولكن قِيَاسُ جَعْلِ التصديق مَرَجِّحاً، أن يُقَالَ: يترجح[3] جانب من صَدَّقَهُ، وليست حَالَةُ التَّصْدِيقِ مَوْضِعَ خِلاَفِ التَّهَاتُرِ والاستعمال، كاليَدِ وسَائِرِ ما يوجب التَّرْجِيحَ.

ولْنَعُدْ إلى لفظ الكتاب قوله: «إذا ادَّعى رجلان دَاراً. . .» إلى آخره، وليس في التَّصْوِيرِ ذِكْرُ إِقَامَةِ كل واحد منهما البَيِّنَةَ على ما ادَّعَاهُ، فلا بد من تقديره[4]. وقوله: «وإذا جَرَتِ الأقوال الأربعة»، يريد بها التَّسَاقُطَ، والوَقْفَ، والقُرْعَةَ، والقِسْمَةَ. ولْيُعْلَمْ بالواو لما حكينا في الوَقْفِ. وأيضاً فَعَنِ الشَّيْخِ أبي محمد أن قول القُرْعَةِ، لا يجري، إلا إذا تَحَقَّقْنَا صِدْقَ أحدهما، وكَذِبَ الآخر؛ بأن أَرَّخَا بِتَارِيخٍ وَاحِدٍ.

فأما إذا احْتُمِلَ أن يكونا صَادقين، فإن أَطْلَقَا، أو أطلق أَحَدُهُمَا، وأَرَّخَ الآخر، فإنه لا يَجْرِي.

وأيضاً فقد ذَكَرْنَا في أَوَّلِ رُكْنِ البَيِّنَةِ طُرُقاً في موضع الأقوال؛ منها ما ينفي[5] اجتماع الأَقْوَالِ الأَرْبَعَةِ ههنا وقوله: «فإذا فسخ[6] أحدهما رَجَعَ إلى الثَّمَنِ، وكأن الآخَرَ، أخذ جَمِيعَ الدار»، المراد منه ما إذا تَقَدَّمَ الفَسْخُ.

---

(١) سقط في: أ.

(٢) وقد نازع بعضهم في هذا الاستدراك من جهة أن القول بتقديم المؤرخة على المطلقة علته أن الإطلاق في الوقت والملك ونحوهما.

(٣) في ز: بترجيح.

(٤) في أ: تقريره.

(٥) في ز: يبقى.

(٦) في ز: انفسخ.

وقوله: «أخذ جَمِيعَ الدَّارِ» مُعَلَّمٌ بالواو؛ للوجه الذي ذَكَرْنَاهُ.

وقوله: «في المسألة قول خامس»، مُعَلَّمٌ بالواو؛ لما عَرَفْتَ أن من الأَصْحَابِ من لم يُثْبِتْهُ. ولفظ الكتاب في حكاية هذا القَوْلِ مُصَرِّحٌ بِفَسْخِ العَقْدَيْنِ، لكن الأَثْبَتَ من رواية هذا القَوْلِ، بُطْلاَنُ العَقْدَيْنِ، لا إنشاء الفسخ.

قال الفَارِسِيُّ في «عيون المسائل»: قال الربيع في موضع آخَرَ: إن البَيْعَ فَاسِدٌ، وهو أَوْلَى. فأطلق لفظ الفَسَادِ، وهو الذي أَرَادَ من نقله؛ أنه مَفْسُوخٌ. والشافعي - رضي الله عنه - كثيراً ما يُطْلِقُ لَفْظَ المَفْسُوخِ، ويريد به البَاطِلَ.

فرع:

عن الشيخ أبي عَاصِم: أنه لو تَعَرَّضَتْ إحدى البَيِّنَتَيْنِ لكون الدَّارِ مِلْكاً للبائع وَقْتَ البيع، أو لكونها مِلْكاً لِلْمشتري اليَوْمَ، كانت مُقَدَّمَةً، وإن لم يَذْكُرَ تَارِيخاً، وأنه لو كانت في إِحْدَى البَيِّنَتَيْنِ ذِكْرُ نَقْدِ الثَّمَنِ دون الأخرى، كانت مُقَدَّمَةً على الأخرى، سَوَاءً كانت سَابِقَةً، أو مَسْبُوقَةً[1]؛ لأن التي تَتَعَرَّضُ لِنَقْدِ الثَّمَنِ تُوجِبُ التَّسْلِيمَ، والأُخْرَىٰ لا تُوجِبُهُ؛ لِبَقَاءِ حَقِّ الحَبْسِ للبائع، فلا تَكْفِي المُطَالَبَةُ بالتسليم.

فرع:

دَارٌ في يد إِنْسَانٍ جاء اثْنَانِ يَدَّعِيَانِهَا، قال أحدهما: اشْتَرَيْتُهَا من زيد، وهو يَمْلِكُهَا. وقال الآخر: اشْتَرَيْتُهَا من عمرو، وهو يَمْلِكُهَا، [وكان] أو نَسِيَا معاً الشِّراء إلى شَخْصٍ وَاحِدٍ، وأَقَامَ كُلُّ واحد بَيِّنَةً على ما يقوله، فهما مُتَعَارِضَتَانِ، فإن قُلْنَا: بالتَّسَاقُطِ، فكأنه لا بَيِّنَةَ، ويحلف صَاحِبُ اليد لكل واحد يَمِيناً.

وإن قلنا: بالاسْتِعْمَالِ، ففي مَجِيءِ قَوْلِ الوَقْفِ الخِلاَفُ الذي سَبَقَ، ويجيء قَوْلاَ القُرْعَةِ، والقِسْمَةِ، والتفريع كما سبق، إلاَّ أَنَّ على قَوْلِ القِسْمَةِ إذا اختار أَحَدُهُمَا فَسْخَ العَقْدِ، والآخر إِجَازَتَهُ. لم يكن لِلْمُجِيزِ أَخْذُ النِّصْفِ الآخر [سواء][2] تقدم الفَسْخُ، أو تَقَدَّمَتِ الإِجَازَةُ، إذا ادعيا الشِّرَاءَ من شخصين؛ لأن المَرْدُودَ يَعُودُ إلى غير من يَدَّعِي المُجِيزُ الشِّرَاءَ منه؛ فكيف يَأْخُذُهُ.

وحيث قلنا بِثُبُوتِ الخِيَارِ على قول القِسْمَةِ، فذلك إذا لم تَتَعَرَّضِ البَيِّنَةُ لقبض المَبِيعِ، ولا اعْتَرَفَ به المُدَّعِي، وإلا فإذا جَرَى القَبْضُ، اسْتَقَرَّ العَقْدُ، وما يحدث

---

(١) وهذا جزم به الماوردي أيضاً فقال: وإن كانت الشهادة تملكه من إحدى البينتين حكم بالبيع لمن شهدت بينته بالبيع والملك تعارضتا.

(٢) سقط في: ز.

بعده، فليس على البَائِعِ عُهْدَتُهُ[(١)]، وإنما شَرَطْنَا في صُورَةِ الفَرْعِ أن يقول كل واحد منهما وهو يَمْلِكُهَا؛ لأن من ادَّعَى مَالاً في يَدِ إِنْسَانٍ، وقال: اشْتَرَيْتُهُ من فلان، لم تُسْمَعْ دَعْوَاهُ حتى يقول [اشتريته منه][(٢)] وهو يملكه، ويقوم مقامه، أن يقول: وتَسَلَّمْتُهُ منه، أو سَلَّمَهُ إِلَيَّ؛ لأن الظَّاهِرَ أنه إنما يَتَصَرَّفُ بالتسليم فيما يَمْلِكُ.

وفي دَعْوَى الشراء من صَاحِبِ اليَدِ لا يحتاج أن يقول: وأنت تملكه، ويكتفي بأن اليد تَدُلُّ على المِلْكِ[(٣)]، وكذلك يشترط[(٤)] أن يقول الشَّاهِدُ [في الشهادة][(٥)]: اشْتَرَاهُ من فُلاَنٍ، وهو يَمْلِكُهُ، أو اشْتَرَاهُ، وتَسَلَّمَهُ منه، أو سَلَّمَهُ هو إليه.

قال الإِمَامُ: ويجوز أن يُقِيمَ شُهُوداً على أنه اشْتَرَى من فُلاَنٍ، وآخرين على أن فُلاَناً كان يَمْلِكُهُ، إلى أن بَاعَ منه، لكن الآخرين إِنْ شهدوا هكذا، فقد شَهِدُوا على البَيْعِ والمِلْكِ. وكان المُرَادُ، ما إذا أقام شُهُوداً على أنه اشْتَرَى منه وَقْتَ كذا، وآخرين على أنه كان يَمْلِكُ إلى وَقْتِ كذا.

وإذا أَقَامَ أحد المدعيين[(٦)] بَيِّنَةً أنه اشْتَرَى الدَّارَ من فلان، وكان يَمْلِكُهَا، وأَقَامَ الآخَرُ البَيِّنَةَ على أنه اشْتَرَاهَا من مُقِيمِ البَيِّنَةِ الأولى، يُحْكَمُ ببينة[(٧)] الثاني، ولا يحتاج أن يقول المقيم البَيِّنَةِ وأنت تَمْلِكُهَا. كما لا يحتاج أن يقوله لِصَاحِبِ اليَدِ؛ لأن البَيِّنَةَ تَدُلُّ على المِلْكِ، كما أن اليَدَ تَدُلُّ عليه.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثَةُ: أَنْ يَدَّعِيَ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَيْهِ أَلفاً مِنْ ثَمَنِ دَارٍ فِي يَدِهِ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنْ لاَ تَعَارُضَ وَيَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي ذِمَّتِهِ، إِلاَّ إِذَا عَيَّنَا وَقْتاً يَسْتَحِيلُ فِيهِ تَقْدِيرُ عَقْدَيْنِ مُتَعَاقِبَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذه المَسْأَلَةُ غير الثانية؛ هناك ادَّعَى اثْنَانِ شِرَاء ما في يَدِهِ منه، وكل [يطالب به ههنا ادَّعَى اثْنَانِ بَيْعَ ما في يَدِهِ منه، وكُلٌّ][(٨)] يُطَالِبُهُ بِالثَّمَنِ؛ وصورتها دَارٌ في

---

(١) وصور في البيان المسألة بما إذا ادعى أحدهما أنه نقد الثمن ولم يسلم الدار إليه والآخر نقده الثمن ولم يسلمها.
(٢) سقط في: ز.
(٣) هذا الذي جزم به هو المشهور وقال البغوي في فتاويه: إنه ظاهر النص فلو قال: اشتراه من فلان لم يسمع قال: ويحتمل ألا تشترط هذه اللفظة؛ لأنه قد يشتريه من فلان شراء صحيحاً، ولا يكون البائع مالكاً له بل وكيلاً بالبيع.
(٤) في أ: شرط.
(٥) سقط في: أ.
(٦) في أ: المتداعيين.
(٧) في ز: بينة.
(٨) سقط في: أ.

يَدِ إنسان، جاء اثْنَانِ، فقال كُلُّ واحد منهما: بِعْتُ منك هذه الدَّارَ، وكانت مِلْكِي بكذا، فَأَدِّ الثَّمَنَ. فإن أَقَرَّ لهما، طُولِبَ بالثَّمَنَيْنِ.

وإن أَقَرَّ لأحدهما، طُولِبَ بالثَّمَنِ الذي سَمَّاهُ، وحَلَفَ الآخَرُ(١). وإن أنكر ما ادَّعَيَاهُ، ولا بَيِّنَةَ، حلف لهما يَمِينَيْنِ. وإن أَقَامَ أحدهما البَيِّنَةَ، قُضِيَ له، وحَلَفَ للآخر.

وإن أَقَامَ كُلُّ واحد منهما البَيِّنَةَ، فَيُنْظَرُ إن أُرِّخَتَا بِتَارِيخَيْنِ مختلفين، فعليه الثَّمَنَانِ؛ لإمْكَانِ اجتماعهما.

وإن أُرِّخَتَا بِتَارِيخ وَاحِدٍ، بأن عُيِّنَا أَوَّلَ الطُّلُوعِ، أو الزَّوَالِ، فهما مُتَعَارِضَتَانِ؛ لامتناع كَوْنِ الشيء الوَاحِدِ مِلْكاً في وَقْتٍ واحد، لهذا وحده، ولهذا وحده، فعلى قول التَّهَاتُرِ كأنه لا بَيِّنَةَ. وعلى قول القُرْعَةِ، يُقْرَعُ، فمن خَرَجَتْ له القُرْعَةُ، قُضِيَ له بالثَّمَنِ الذي شَهِدَ به شهوده، وللآخر تَحْلِيفُهُ لا مَحَالَةَ؛ لأنه لو اعْتَرَفَ به بعد ذلك، لَزِمَهُ.

وعلى قول القِسْمَةِ لكل واحد منهما نِصْفُ الثَّمَنِ الذي سَمَّاهُ، وكأن الدَّارَ كانت لهما، فَبَاعَاهُ بِثَمَنَيْنِ مختلفين، أو مُتَّفِقَيْنِ. وفي مجيء قول الوقف الخِلاَفُ السَّابِقُ، والظاهر مَجِيئُهُ. وإن كانت البَيِّنَتَانِ مُطْلَقَتَيْنِ، أو إحداهما مُطْلَقَةٌ، والأخرى مُؤَرَّخَةٌ، فوجهان:

أصحهما: عند صاحب الكتاب والإمَام: أنهما كالمُؤَرَّخَتَيْنِ بتاريخين مختلفين، ويلزمه(٢) الثَّمَنَانِ؛ لأن التَّنَافِيَ غَيْرُ مَعْلُومٍ، والعَمَلُ بكل واحد من البَيِّنَتَيْنِ مُمْكِنٌ.

والثاني: أنهما كالمُؤَرَّخَتَيْنِ بِتَارِيخ واحد؛ لأنهما رُبَّمَا شهدا(٣) [على](٤) البيع في وَقْتٍ وَاحِدٍ، والأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّةِ المُشْتَرِي، فلا يُؤَاخَذُ إلا باليَقِينِ.

قال القاضي ابْنُ كَجٍّ: وبهذا قال القَاضِي أبو حَامِدٍ، وأبو الحسين وغيرهما، وَوَجَّهَهُ أيضاً: بأن المدعيين مُتَّفِقَانِ [على أنه](٥) لم يَجْرِ إلا بَيْعَةٌ واحدة منهما، وكُلٌّ منهما يقول: أنا صَاحِبُهَا. فعلى هذا يَعُودُ خِلاَفُ التَّعَارُضِ. وحكى الشيخ أبو حَاتِمٍ القزويني طَرِيقَةً أُخْرَى قَاطِعَةً بالوجه الأول؛ وذكر هو، وأبو الفَيَّاضِ: إن مِنَ الأصحاب

---

(١) ما جزم به من أنه يحلف للآخر فيما إذا أقر لأحدهما لا خلاف فيه في المذهب، وذلك لأنه لم يتعلق بما أقر له به حق لغيره ومقتضى ذلك أنه لو كان الثمن الذي يدعيانه معيناً أنه لا يقطع التحليف وهو كذلك، والقياس فيه أن يجيء فيه ما تقدم فيما إذا قال كل واحد منهما اشتريتها من صاحب اليد وسلمت إليه الثمن.

(٢) في أ: ويلزمهما.

(٣) سقط في: أ.

(٤) سقط في: أ.

(٥) سقط في: ز.

والثاني: إذا قلنا بالقِسْمَةِ عند تَعَارُضِ البَيِّنَتَيْنِ في المَسْأَلَةِ فقسم الثمن، لم يكن لصاحب اليد الخِيَارُ؛ لأنه يَحْصُلُ له تَمَامُ البَيْعِ، ولا غَرَضَ له في عين[1] البائع. وعن أبي الحُسَيْنِ بن القَطَّانِ ثُبُوتُهُ؛ لأنه قد يَرْضَى بِمُعَامَلَةٍ وَاحِدٍ، ولا يرضى بِمُعَامَلَةِ اثْنَيْنِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعَةُ: ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّ مَوْلاَهُ أَعْتَقَهُ وَادَّعَى آخَرُ أَنَّ مَوْلاَهُ بَاعَهُ مِنْهُ فَالبَيِّنَتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ وَلاَ يُقَدَّمُ (ز) جَانِبُ العَبْدِ بِتَقْدِيرِ أَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ، وَعَلَى قَوْلِ القِسْمَةِ يُعْتَقُ نِصْفُ العَبْدِ وَلاَ يَسْرِي (و) لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِهِ قَهْراً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَبْدٌ في يَدِ رَجُلٍ؛ ادعى أن مَوْلاَهُ أَعْتَقَهُ، وادَّعَى آخر أنه باعه منه بكذا، وأَنْكَرَ صَاحِبُ اليد ما ادعياه[2]، ولا بَيِّنَةَ، حَلَفَ لهما يَمِينَيْنِ، وإن أَقَرَّ بالعِتْقِ، ثَبَتَ العِتْقُ، ولم يكن للمشتري تَحْلِيفُهُ، إن قلنا: إن إِتْلاَفَ البائع كَالآفَةِ السَّمَاوِيَّةِ؛ لأنه بالإِقْرَارِ بالعِتْقِ مُتْلِفٌ قبل القبض، فَيَنْفَسِخُ البَيْعُ.

نعم لو ادَّعَى تَسْلِيمَ الثَّمَنِ، حَلَفَهُ له.

وإن أقر بالبيع قُضِيَ به، ولم يكن لِلْعَبْدِ تَحْلِيفُهُ؛ لأنه وإن اعْتَرَفَ به، لم يُقْبَلْ، ولم يلزمه غُرْمٌ. قال القاضي الروياني: ولا يوجد مَوْضِعٌ يقر لأحد المُدَّعِيَيْنِ، ولا يَحْلِفُ للآخر قَوْلاً واحداً، إلا هذا[3].

وإن أقام كُلُّ واحد منهما بَيِّنَةً، نُظِرَ؛ إن أُرِّخَتَا بِتَارِيخَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، قُضِيَ بِأَسْبَقِهِمَا تَارِيخاً. وإن أُرِّخَتَا بتاريخ واحد، فهما مُتَعَارِضَتَانِ، وفيهما القَوْلاَنِ، فإن قُلْنَا: بالتَّهَاتُرِ، فالحُكْمُ كما لو لم تكن بَيِّنَةٌ. وإن قلنا: بالاسْتِعْمَالِ، ففي مَجِيءِ قَوْلِ الوَقْفِ الخِلاَفُ السابق. وإن قلنا: بالقُرْعَةِ، قُضِيَ لمن خَرَجَتْ له القُرْعَةُ.

وعن ابن سُرَيْجٍ أنه يُقَوَّى في هذه الصُّورَةِ قَوْلُ القُرْعَةِ؛ لاشْتِمَالِ الخُصُومَةِ على دَعْوَى العِتْقِ. وإن قُلْنَا: بالقِسْمَةِ، عُتق نِصْفُ العَبْدِ، ونصفه لمدعي الشراء بنصف الثَّمَنِ. وله الخِيَارُ؛ لأنه لم يسلم له جميع ما اشتراه. فإن فَسَخَ، فالمَشْهُورُ أنه يعتق النِّصْفُ الآخر أيضاً؛ لأن البَيِّنَةَ قامت على أنه أَعْتَقَ الجَمِيعَ.

وإنما لم يُحْكَمْ بموجبها لِزَحْمَةِ مُدَّعِي الشراء، فإذا انْقَطَعَتْ زَحْمَتُهُ، حُكِمَ به.

---

(١) في ز: غير.

(٢) في ز: ادعاه.

(٣) ما جزم به من أنه ليس للعبد تحليفه موضعه فيما إذا أقر بالبيع ولا يشترط ألا يكون هناك خيار للبائع ينفذ فيه إنشاء عتقه، فإن كان للمقر خيار فللعبد أن يحلفه جزماً؛ لأنه لو أقر بالعتق لقبل، وقد ذكر الرافعي في باب الغصب ما يقتضيه ثم هو مفرع على أمرين: أحدهما: على المذهب في أن من باع عبداً ثم اعترف بعتقه لا يقبل حيث كان اعترافه في زمن اللزوم.

والثاني: إذا قلنا بالقِسْمَةِ عند تَعَارُضِ البَيِّنَتَيْنِ في المَسْأَلَةِ فقسم الثمن، لم يكن لصاحب اليد الخِيَارُ؛ لأنه يَحْصُلُ له تَمَامُ البَيْعِ، ولا غَرَضَ له في عين[1] البائع. وعن أبي الحُسَيْنِ بن القَطَّانِ ثُبُوتُهُ؛ لأنه قد يَرْضَى بِمُعَامَلَةِ وَاحِدٍ، ولا يرضى بِمُعَامَلَةِ اثْنَيْنِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعَةُ: ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّ مَوْلاَهُ أَعْتَقَهُ وَادَّعَى آخَرُ أَنَّ مَوْلاَهُ بَاعَهُ مِنْهُ فَالبَيِّنَتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ وَلاَ يُقَدَّمُ (ز) جَانِبُ العَبْدِ بِتَقْدِيرِ أَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ، وَعَلَى قَوْلِ القِسْمَةِ يُعْتَقُ نِصْفُ العَبْدِ وَلاَ يَسْرِي (و) لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِهِ قَهْراً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَبْدٌ في يَدِ رَجُلٍ؛ ادعى أن مَوْلاَهُ أَعْتَقَهُ، وادَّعَى آخر أنه باعه منه بكذا، وأَنْكَرَ صَاحِبُ اليد ما ادعياه[2]، ولا بَيِّنَةَ، حَلَفَ لهما يَمِينَيْنِ، وإن أَقَرَّ بالعِتْقِ، ثَبَتَ العِتْقُ، ولم يكن للمشتري تَحْلِيفُهُ، إن قلنا: إن إتْلاَفَ البائع كَالآفَةِ السَّمَاوِيَّةِ؛ لأنه بالإِقْرَارِ بالعِتْقِ مُتْلِفٌ قبل القبض، فَيَنْفَسِخُ البَيْعُ.

نعم لو ادَّعَى تَسْلِيمَ الثَّمَنِ، حَلَّفَهُ له.

وإن أقر بالبيع قُضِيَ به، ولم يكن لِلْعَبْدِ تَحْلِيفُهُ؛ لأنه وإن اعْتَرَفَ به، لم يُقْبَلْ، ولم يلزمه غُرْمٌ. قال القاضي الروياني: ولا يوجد مَوْضِعٌ يقر لأحد المُدَّعِيَيْنِ، ولا يَحْلِفُ للآخر قَوْلاً واحداً، إلا هذا[3].

وإن أقام كُلُّ واحد منهما بَيِّنَةً، نُظِرَ؛ إن أُرِّخَتَا بِتَارِيخَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، قُضِيَ بِأَسْبَقِهِمَا تَارِيخاً. وإن أُرِّخَتَا بتاريخ واحد، فهما مُتَعَارِضَتَانِ، وفيهما القَوْلاَنِ، فإن قُلْنَا: بالتَّهَاتُرِ، فالحُكْمُ كما لو لم تكن بَيِّنَةٌ. وإن قلنا: بالاسْتِعْمَالِ، ففي مَجِيءِ قَوْلِ الوَقْفِ الخِلاَفُ السابق. وإن قلنا: بالقُرْعَةِ، قُضِيَ لمن خَرَجَتْ له القُرْعَةُ.

وعن ابن سُرَيْجٍ أنه يُقَوِّى في هذه الصُّورَةِ قَوْلُ القُرْعَةِ؛ لاشْتِمَالِ الخُصُومَةِ على دَعْوَى العِتْقِ. وإن قُلْنا: بالقِسْمَةِ، عُتق نِصْفُ العَبْدِ، ونصفه لمدعي الشراء بنصف الثَّمَنِ. وله الخِيَارُ؛ لأنه لم يسلم له جميع ما اشتراه. فإن فَسَخَ، فالمَشْهُورُ أنه يعتق النِّصْفُ الآخر أيضاً؛ لأن البَيِّنَةَ قامت على أنه أَعْتَقَ الجَمِيعَ.

وإنما لم يُحْكَمْ بموجبها لِزَحْمَةِ مُدَّعِي الشراء، فإذا انْقَطَعَتْ زَحْمَتُهُ، حُكِمَ به.

---

(١) في ز: غير. (٢) في ز: ادعاه.

(٣) ما جزم به من أنه ليس للعبد تحليفه موضعه فيما إذا أقر بالبيع ولا يشترط ألا يكون هناك خيار للبائع ينفذ فيه إنشاء عتقه، فإن كان للمقر خيار فللعبد أن يحلفه جزماً؛ لأنه لو أقر بالعتق لقبل، وقد ذكر الرافعي في باب الغصب ما يقتضيه ثم هو مفرع على أمرين: أحدهما: على المذهب في أن من باع عبداً ثم اعترف بعتقه لا يقبل حيث كان اعترافه في زمن اللزوم.

وفيه وَجْهٌ آخر، أنه لا يعتق؛ لأن قَضِيَّةَ القِسْمَةِ اقْتِصَارُ العِتْقِ على النصف.

وإيراد «التهذيب» يُشْعِرُ بِتَرْجِيحِ هذا الوجه وإن أَجَازَ مُدَّعِي الشراء، فإن كان المُدَّعَى عَلَيْهِ مُعْسِراً، لم يَسْرِ العِتْقُ إليه، وإن كان مُوسِراً فقولان؛ أو وجهان:

أحدهما: أن الجَوَابَ كذلك؛ لأنه عِتْقٌ مَحْكُومٌ به قَهْراً، كما إذا وَرِثَ بعض قريبه[1] يُعْتَقُ عليه، ولا يَسْرِي.

والثاني: لقيام البَيِّنَةِ على أنه أَعْتَقَ باختياره. والأَوَّلُ هو المَذْكُورُ في الكتاب.

والثاني ـ أَصَحُّ عند القَاضِي الروياني. ونقل أبو الفَيَّاضِ وغيره وَجْهاً؛ أن قَوْلَ القِسْمَةِ لا يَجْرِي ههنا تَحَرُّزاً من تَبْعِيضِ العِتْقِ.

وقال المزني: القِيَاسُ عندي، تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ العِتْقِ؛ لأن العَبْدَ في يد نَفْسِهِ، وَبَيِّنَةُ صاحب اليد مُقَدَّمَةٌ، وخرج هذا قَوْلاً للشافعي ـ رضي الله عنه ـ.

لكن الأصحاب ضَعَّفُوهُ، وامْتَنَعُوا من إِثْبَاتِهِ قَوْلاً، وقالوا: إنما يكون في يَدِ نَفْسِهِ، أن لو ثَبَتَتْ حُرِّيَّتُهُ، والكَلاَمُ فيه؛ لأنه لو كَانَ في يَدِ نَفْسِهِ، لكانت الدَّعْوَى عليه على السَّيِّدِ، ولو كانت البَيِّنَتَانِ مُطْلَقَتَانِ، أو إحداهما مُطْلَقَةٌ، والأخرى مُؤَرَّخَةٌ. فالحكم كما لو أُرِّخَتَا بِتَارِيخٍ واحد.

وحكى الإمام طَرِيقَةً قَاطِعَةً؛ بأنه لا يَجْرِي قَوْلُ التَّهَاتُرِ؛ لأن صِدْقَهُمَا ممكن، بأن باع صاحب اليَدِ من مدعي الشِّرَاءِ، ثم انْتَقَلَ منه إلى صَاحِبِ اليَدِ، ثم أعتق. وهذا حدُّ الطرق المذكورة من قَبْلُ في موضع أقوال التَّعَارُضِ.

وتصديق صَاحِبِ اليَدِ بعد قِيَامِ البَيِّنَتَيْنِ ولا يوجب الرُّجْحَانَ؛ خِلاَفاً لابن سُرَيْجٍ على ما تَقَدَّمَ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الطَّرَفُ الثَّالِثُ فِي المَوْتِ وَفِيهِ ثَلاَثُ مَسَائِلَ: الأُولَى ٱبْنٌ مُسْلِمٌ وَآخَرُ نَصْرَانِيٌّ ٱدَّعَىٰ المُسْلِمُ أَنَّ أَبَاهُ أَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ فَالقَوْلُ قَوْلُ النَّصْرَانِيِّ وَالمُقَدَّمُ بَيِّنَةُ المُسْلِمِ إِنْ تَعَارَضَتَا لِأَنَّ النَّاقِلَةَ أَوْلَى مِنَ المُسْتَصْحَبَةِ، وَكَذَٰلِكَ إِذَا ٱدَّعَىٰ ٱلِابْنُ الإِرْثَ فِي دَارٍ وَٱدَّعَتْ زَوْجَةُ الأَبِ أَنَّ أَبَاهُ أَصْدَقَهَا أَوْ بَاعَهَا قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهَا، وَلَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ نَصْرَانِيٍّ أَنَّهُ نَطَقَ بِالتَّنَصُّرِ وَمَاتَ عَقِيبَهُ فَهُمَا مُتَعَارِضَتَانِ وَيَجْرِي (و) قَوْلُ القِسْمَةِ وَإِنْ كَانَ لاَ يَشْتَرِكُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ فِي إِرْثٍ، وَلَوْ كَانَ المَيِّتُ مَجْهُولَ الدِّينِ فَٱدَّعَىٰ كُلُّ وَاحِدٍ أَنَّهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ فَلاَ تَرْجِيحَ (ح و) لِبَيِّنَةِ الإِسْلاَمِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ فَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى مِنَ الآخَرِ بِالتَّصْدِيقِ

---

(١) في ز: قربته.

فَيُجْعَلُ كَأَنَّ المالَ فِي يَدِهِمَا، وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا لَمْ يَخُصَّ بِالتَّصْدِيقِ بَعْدَ إِقْرَارِهِ بِأَنَّهُ مِنْ جِهَةِ الإِرْثِ، وَيُصَلَّى عَلَى هَذَا المَيِّتِ احْتِيَاطاً فَلَعَلَّهُ مُسْلِمٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ هذا الطَّرَفِ، الكَلاَمُ في التَّدَاعِي وَتَعَارُضِ البَيِّنَتَيْنِ في المَوْتِ، والمِيرَاثِ. فمن مسائله:

مات رجل عن اثْنَيْنِ، مُسْلِمٍ ونَصْرَانِيٍّ مَثَلاً، واختلفا، فيما مَاتَ عليه الأب؛ فقال المُسْلِمُ: مات مُسْلِماً، فَلِي المِيرَاثُ. وقال النَّصْرَانِيُّ: مات نصرانياً، فلي المِيرَاثُ.

فإما أن يكون الأَبُ مَعْرُوفَ الدِّينِ، أو لا يكون، الحالة الأولى ـ إذا كان الأَبُ مَعْرُوفاً بالتَّنَصُّرِ، فقال المُسْلِمُ: أَسْلَمَ، ثم مات. وقال النَّصْرَانِيُّ: بل مات على ما كان عليه. فالقَوْلُ قول النَّصْرَانِيِّ، مع يَمِينِهِ؛ لأن الأَصْلَ بَقَاءُ كُفْرِهِ.

وإن أَقَامَ كل واحد منهما بَيِّنَةً؛ نُظِرَ، إن أُطْلِقَتَا؛ فقالت بَيِّنَةُ المُسْلِمِ: إنه مات مُسْلِماً. وقالت بَيِّنَةُ النَّصْرَانِيِّ: إنه مات نَصْرَانِياً، فَبَيِّنَةُ المُسْلِمِ مُقَدَّمَةٌ؛ لأنَ معها زِيَادَةُ عِلْمٍ، وهي انْتِقَالُهُ من النصرانية إلى الإِسْلاَمِ، والبينة الأخرى اسْتَصْحَبَتْ، وشَهِدَتْ بالأصل، والنَّاقِلَةُ أَوْلَى من المُسْتَصْحِبَةِ. ولمثلِ ذلك قَدَّمْنَا بَيِّنَةَ الجَرْحِ على التَّعْدِيلِ.

ولو مات رَجُلٌ عن ابْنٍ، وزوجة؛ فقال الابن: دَارُهُ هذه مِيرَاثٌ بيننا، وقالت الزَّوْجَةُ: بلى هي لي أَصْدَقَنِيهَا أبوك، أو بَاعَهَا مِنِّي. وأقام كل واحد بَيِّنَةً، فَبَيِّنَتُهَا أَوْلَى.

ولو ادعى مَجْهُولٌ أنك عَبْدِي، وأقام عليه بَيِّنَةً، وأقام المُدَّعَى عليه بَيِّنَةً أنه كان مِلْكاً لفلان، فَأَعْتَقَهُ. تُقَدَّمُ البَيِّنَةُ الثانية؛ لِعِلْمِهَا بالانْتِقَالِ من الرِّقِّ إلى الحُرِّيَّةِ. وعلى هذا قِيَاسُ المَسَائِلِ؛ فلو قُيِّدَتِ البَيِّنَتَانِ؛ بأن تَكَلَّمَ في آخِرِ عُمُرِهِ بكلمة فقال: الابن المُسْلِمُ، كانت تلك الكَلِمَةُ كَلِمَةَ الإسلام، وأقام عليه بَيِّنَةً. وقال النَّصْرَانِيُّ: بل كانت كَلِمَةَ التَّنَصُّرِ، وأقام عليه بَيِّنَةً. فإن قلنا بِالسُّقُوطِ، يَسْقُطَانِ، ويصير كأن لا بَيِّنَةَ، ويُصَدَّقُ النصراني بِيَمِينِهِ.

وإن قلنا: بالاسْتِعْمَالِ، فعلى قَوْلِ الوَقْفِ تُوقَفُ التَّرِكَةُ، لا مَحَالَةَ؛ لأن المُدَّعَى مَالٌ. وعلى القُرْعَةِ يُقْرَعُ، فمن خرج له القُرْعَةُ، فله التَّرِكَةُ، وعلى قَوْلِ القِسْمَةِ، تُقَسَّمُ؛ فيجعل النِّصْفُ لهذا، والنصف لهذا. كما لو كان التَّنَازُعُ في غَيْرِ المِيرَاثِ.

وقال أبو إِسْحَاقَ: لا يَجِيءُ قول القِسْمَةِ ههنا؛ لأن الحُكْمَ بالقِسْمَةِ حكم بالخَطَإِ يَقِيناً، ولأن الشَّخْصَ لا يَمُوتُ كَافِراً مُسْلماً وفي غير صورة الميراث. ليست القِسْمَةُ حكماً بالخطأ يَقِيناً؛ لجواز أن يكون المُدَّعَى مُشْتَرَكاً بينهما، كما قَسَّمْنَا، ولأن الكَافِرَ والمُسْلِمَ لا يشتركان في المِيرَاثِ، والظَّاهِرُ الأول. وليست القِسْمَةُ حكماً منا بأنه مَاتَ كافراً مُسْلِماً، ولا تَشْرِيكاً منا في الإِرْثِ، ولكن بَيِّنَةُ كل واحد منهما

اقتضت[١] أن يَكُونَ جَمِيعُ المَالِ له، إلا أن البَيِّنَةَ الأخرى عارضتها، فعملنا[٢] بكُلِّ وَاحِدَةٍ منهما، بِحَسَبِ الإِمْكَانِ.

قال العراقيون: وليس صَرْفُ النِّصْفِ إلى كل واحد منهما خَطَأً يقيناً؛ لاحتمال أنه مَاتَ نَصْرَانِيّاً، وهما نَصْرَانِيَّانِ، فورث مَالَهُ، ثم أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا، وادعى موته مُسْلِماً؛ لِيَفُوزَ بالجَمِيعِ.

الحالة الثانية: إذا لم يكن الأَبُ مَعْرُوفَ الدِّينِ، وادَّعَى كُلُّ واحد من الاثْنَيْنِ أنه كان على دِينِهِ، فإن لم تَكُنْ بَيِّنَةٌ، نُظِرَ؛ إن كان المَالُ في يَدِ غيرهما، فالقَوْلُ قوله، وإن كان في يَدِهِمَا، فَيَحْلِفُ كُلُّ واحد منهما لِصَاحِبِهِ، ويُجْعَلُ بينهما.

وإن كان في يَدِ أحدهما، فالذي ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وجماعة: أن القول قَوْلُهُ، مع يَمِينِهِ، ونَسَبَ الإمام هذا الوَجْهَ إلى القاضي الحُسَيْنِ، كأنه أَجَابَ بِمِثْلِ جوابهم.

والصحيح، وهو المذكور في الكتاب: أنه يُجْعَلُ بينهما أَيْضاً، ولا أَثَرَ لِلْيَدِ بعد اعْتِرَافِ صَاحِبِ اليد بأنه كَانَ لِلْمَيِّتِ[٣]، وأنه يأخذه إِرْثاً، وإن أقام كُلُّ واحد بَيِّنَةً، فالبَيِّنَتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ، ولا فَرْقَ في هذه الحَالَةِ بين أن يكونا مطلقتين، أو مقيدتين.

ويجيء في جَرَيَانِ قَوْلِ القِسْمَةِ خِلاَفُ أبي إِسْحَاقَ، وفيه وجه: أن بَيِّنَةَ الإِسْلاَمِ مُقَدَّمَةٌ؛ لأن الظَّاهِرَ من حال مَنْ [في][٤] دار الإِسْلاَمِ، إنما هو الإِسْلاَمُ.

والمَشْهُورُ الأول، ويُصَلَّى على هذا المَيِّتِ المَشْكُوكِ في دِينِهِ، ويَدْفِنُهُ في مقابر المسلمين. وتعتد النية[٥] في الصَّلاَةُ فيقول: أُصَلِّي عليه إن كان مُسْلِماً، كما لو اخْتَلَطَ مَوْتَى المُسْلِمِينَ بموتى الكُفَّارِ، وقد مَرَّ ذكره في الجَنَائِزِ.

ونَخْتِمُ المَسْأَلَةَ بِفَوَائِدَ عن الشيخ أبي عَاصِمٍ: أنه فَسَّرَ كلمة «التَّنَصُّرِ» فيما إذا شَهِدَتِ البَيِّنَتَانِ على آخر ما تَكَلَّمَ به، بأن يقول: لا إله إلا الله، عيسى رَسُولُ الله.

قال القاضي أبو سَعْدٍ: وفيه إِشْكَالٌ ظَاهِرٌ، فإن المسلمين يُثْبِتُونَ نُبُوَّةَ عيسى عليه السَّلاَمَ ـ وإثبات نُبُوَّتِهِ لَيْسَ نَفْياً ـ لِنُبُوَّةِ [نبينا][٦] محمد ﷺ، سيما عند مُنْكِري المفهوم

---

(١) في ز: أمضت.
(٢) في ز: فعلمنا.
(٣) قال في الخادم ما ذكره فيما إذا لم يكن بينة يخالف ما أطلقه في الفرع الآتي إذا مات عن زوجة وأخ مسلمين وأولاد كفرة وقال المسلمان مات مسلماً وقال الأولاد مات كافراً، فإن كان أصل دينه الكفر صدق الأولاد كذا ذكره الشيخ فيما بعد.
(٤) سقط في: ز.
(٥) في ز: وتفيد البينة.
(٦) سقط في: ز.

فيجب أن تُفَسِّرَ كلمة التَّنَصُّر بما يَخْتَصُّ به النَّصْرَانِيُّ، كقولهم: إن الله ثَالِثُ ثَلاَثَةٍ.

وحكى القاضي ابن كَجٍّ وجهين: في أنه هَلْ يَجِبُ على الشهود تَفْسِيرُ كلمة الإِسْلاَمِ؛ لأنهم [قد][1] يَعْتَقِدُونَ ما لَيْسَ بإسلام إِسْلاَماً؟ وجهين في أن على قول القِسْمَةِ، هل يَحْلِفُ كُلُّ واحد من الاثنين[2] للآخر؟ والأَصَحُّ المنع.

ووجهين في كَيْفِيَّةِ القِسْمَةِ إذا مات عن ابْنٍ وبِنْتٍ، وتَنَازَعَا في دِينِ الأب، وقلنا بالقِسْمَةِ، عن أبي الطَّيِّبِ بن سلمة: أنه يُقَسَّمُ المَالُ بينهما نِصْفَيْنِ.

وعن غيره أنه يُقَسَّمُ أَثْلاَثاً: قِسْمَةَ الميراث. وليسا ولا واحد منهما بِقَوِيم، بل يجب أن يُقَالَ: هما كَشَخْصَيْنِ يَدَّعِي أحدهما جَمِيعَ الدار، والآخر نِصْفَهَا، وأقاما بَيِّنَتَيْنِ. وقد مَرَّ على أن قول القِسْمَةِ للأول ثَلاَثَةُ أرباعها، وللثاني رُبْعُهَا.

ولْيُعْرَفْ وراء ما حَكَيْنَا شيئان:

أحدهما: أن المَوْتَ على كَلِمَةِ الإِسْلاَمِ يوجب الإِرْثَ للابن المُسْلِمِ، لكن المَوْتَ على كلمة التَّنَصُّرِ بِمُجَرَّدِهِ ولا يُوجِبُ الإِرْثَ للابن النَّصْرَاني؛ لاحتمالَ أنه أَسْلَمَ، ثم تَنَصَّرَ. وحينئذ فلا يُورث عنه، وكان الغَرَضُ فيما إذا تَعَرَّضَ الشُّهُودُ لاسْتِمْرَارِهِ على النَّصْرَانِيَّةِ إلى أن جَعَلَهَا آخر كلامه؛ أو اكتفوا باسْتِصْحَابِ ما عرف من دِينِهِ، مَضْمُوماً إلى الحكم عليه، وإن لم يَتَعَرَّضْ له الشهود.

والثاني: أن تَقْيِيدَ البَيِّنَتَيْنِ معاً؛ بأن آخر كَلاَمِهِ كان كذا، غير مُحْتَاجٍ إليه؛ لِزَوَالِ التَّرْجِيحِ بِزِيَادَةِ العِلْمِ، بل تَقْيِيدُ بَيِّنَةِ النصراني بأنه تَكَلَّمَ آخراً بكلمة التَّنَصُّرِ كَافٍ[3] فيه.

وقوله في الكتاب: «ادَّعى المُسْلِمُ أن أَبَاهُ أَسْلَمَ، ثم مات»، تبين أن التَّصْوِيرَ أولاً، فيما إذا كان المَيِّتُ مَعْرُوفاً بالكُفْرِ، فإن كان مَجْهُولَ الدِّينِ، فقد ذكر من بَعْدُ.

وقوله: «فهما مُتَعَارِضَتَانِ»، يجوز إِعْلاَمُهُ بالحاء؛ لأن الحِكَايَةَ عن أبي حَنِيفَةَ: أنه يُغَلِّبُ بَيِّنَةَ الإسلام بكل حال.

وقوله: «يَجْرِي قَوْلُ القِسْمَة» بالواو؛ لوجه أبي إِسْحَاقَ.

وقوله في مجهول الدِّينِ: «فلا تَرْجِيحَ»، بالحاء، والواو؛ للوجه الذي ذكرناه آخراً. وكذا قوله: «لم يَخْتَصَّ بالتَّصْدِيقِ».

فرع:

مات رَجُلٌ عن زوجة، وأخ، مُسْلِمَيْنِ، وعن أَوْلاَدٍ كَفَرَةٍ، فقال المسلمان: مات

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في أ: الابنين.
(٣) في ز: كان.

مُسْلِماً، وقال الأَوْلاَدُ: بل كَافِراً. فإن كان أَصْلُ دِينِهِ الكُفْرَ، فالقول قَوْلُ الأَوْلاَدِ. وإن أَقَامَ كُلُّ واحد من الطَّائِفَتَيْنِ بَيِّنَةً؛ فإن أطلقنا قدمت[1] بَيِّنَةُ الزَّوْجَةِ والأخ، وإن قيدنا فعلى الخِلاَفِ في التَّعَارُضِ، وإن لم يُعْرَفْ أَصْلُ دِينِهِ، وَقَفَ المَالُ حتى يَنْكَشِفَ الحَالُ، أو يَصْطَلِحُوا.

وإن أقام كل واحد بَيِّنَةً، فعلى الخِلاَفِ في التَّعَارُضِ، ويعود خِلاَفُ أبي إِسْحَاقَ في جَرَيَانِ قول القِسْمَةِ.

وإذا رجحنا طائفة، قُسِّمَ المَالُ بينهم، كما يُقَسَّمُ لو انْفَرَدُوا.

وإن جَعَلْنَا المَالَ بين الطَّائِفَتَيْنِ تَفْرِيعاً على القِسْمَةِ مَثَلاً فالنصف للزوجة والأخ، والنِّصْفُ للأولاد، وفيما تَأْخُذُ الزوجة من النصف؟ وجهان:

أحدهما: تأخذ رُبُعَهُ، وكأنه كُلُّ التَّرِكَةِ، وهذا ما أَوْرَدَهُ أَبُو الفَرَجِ السَّرْخَسِيُّ.

والثاني: تأخذ نِصْفَهُ؛ ليكون لها رُبُعُ التَّرِكَةِ، فإن الأخ معترف به والأولاد لا يُحْجَبُونَ بقولها. وهذا ما أَوْرَدَهُ الإِمَامُ ـ رحمه الله ـ[2].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ: مَاتَ نَصْرَانِيٌّ فِي رَمَضَانَ فَادَّعَى أَحَدُ ابْنَيْهِ أَنَّهُ أَسْلَمَ فِي شَوَّالٍ فَيَرِثُهُ، وَقَالَ الآخَرُ بَلْ فِي شَعْبَانَ فَلاَ تَرِثُهُ فَبَيِّنَةُ النَّصْرَانِيِّ أَوْلَى لِأَنَّهَا نَاقِلة، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُسْلِمِ إِذَا لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ لِأَنَّ الأَصْلَ بَقَاءُ الكُفْرِ، وَلَوْ أَسْلَمَ الابْنُ فِي رَمَضَانَ لَكِنْ ادَّعَى أَنَّ الأَبَ مَاتَ فِي شَعْبَانَ فَتُقَدَّمُ بَيِّنَتُهُ لَكِنَّ القَوْلَ قَوْلُ النَّصْرَانِيِّ لِأَنَّ الأَصْلَ دَوَامُ الحَيَاةِ إِلَى شَوَّالٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ابنا مَيِّتٍ: نَصْرَانِيٌّ ومُسْلِمٌ تَنَازَعَا. فقال المُسْلِمُ: أَسْلَمْتُ بعد مَوْتِ أبينا، فالمِيرَاثُ بَيْنَنَا. وقال النَّصْرَانِيُّ: بل قبله، فلا ترثه. فلهما ثَلاَثُ أحوال:

إحداهما: أن يَقْتَصِرا على هذا القَدْرِ، ولا يَتَعَرَّضَا لتاريخ مَوْتِ الأب، ولا لِتَارِيخِ إِسْلاَمِ المسلم.

والثانية: أن يَتَّفِقَا على تَارِيخِ مَوْتِ الأب كَرَمَضَانَ مَثَلاً، فقال المسلم: أَسْلَمْتُ في شَوَّالٍ. وقال النَّصْرَانِيُّ: بل أَسْلَمْتَ في شعبان. ففي الحَالَتَيْنِ إن لم تكن بَيِّنَةٌ، فالقول قَوْلُ المُسْلِمِ؛ لأن الأَصْلَ اسْتِمْرَارُهُ على دِينِهِ، فَيُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ، ويَشْتَرِكَانِ في المَالِ.

---

(١) في ز: مذهب.

(٢) قال النووي: الأول أصح، لأنها معترفة أيضاً باستحقاق الأخ ثلاثة أرباع التركة. والله أعلم.
قال في المطلب: إنه لا يجوز غيره، ونقله في الكفاية عن الجمهور وفي الحاوي: أن الذي عليه الجمهور لا يصح تخريج قولي القسمة ههنا.

وإن أقام أحدهما بَيِّنَةً قُضِيَ بها. وإن أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً، فَبَيِّنَةُ النصراني أَوْلَى؛ لأنها تُنْقِلُهُ من النَّصْرَانِيَّةِ إلى الإِسْلاَمِ في شعبان، والأخرى تستصحب دينه إلى شوال فمع الأُولَى زِيَادَةُ عِلْمٍ.

والثالثة: أن يَتَّفِقَا على تَارِيخِ إِسْلاَمِ المسلم؛ بأن اتَّفقا على أنه أَسْلَمَ في رَمَضَانَ، لكن ادَّعَى المُسْلِمُ أن الأَبَ مَاتَ في شَعبان، وقال النَّصْرَانِيُّ: بل مات في شَوَّالٍ، فالقول قَوْلُ النَّصْرَانِيِّ؛ لأن الأصل دَوَامُ الحَيَاةِ.

وإن أقاما بَيِّنَتَيْنِ، فَبَيِّنَةُ المُسْلِمِ أَوْلَى؛ لأنها تَنْتَقِلُ من الحَيَاةِ إلى المَوْتِ في شعبان، والأخرى تَسْتَصْحِبُ الحَيَاةَ إلى شوال، فمع الأولى زِيَادَةُ عِلْمٍ.

واعترض الإمام: بأن بَيِّنَةَ النَّصْرَانِيِّ تُثْبِتُ الحَيَاةَ في شعبان؛ لأنها تَشْهَدُ على المَوْتِ في شوال، والموت إنما يكون عن حَيَاةٍ، والحَيَاةُ صِفَةٌ ثابتة يُشْهَدُ عليها كالمَوْتِ، فليحكم بتَعَارُضِهِمَا، وجريان أقوال التعارض.

لكن هذا الكَلاَمَ لا اخْتِصَاصَ له بهذه الحَالَةِ، بل يمكن أن يُقَالَ في الحَالَتَيْنِ السَّابِقَتَيْنِ. وقد قَدَّمْنَا بَيِّنَةَ النَّصْرَانِيِّ؛ أن بَيِّنَةَ المُسْلِمِ تُثْبِتُ النَّصْرَانِيَّةَ في شعبان؛ لأنها تَشْهَدُ على الإِسْلاَمِ في شَوَّالٍ، والإِسْلاَمُ إنما يكون عن كُفْرٍ، فليحكم بالتَّعَارُضِ. والوَجْهُ؛ أن يُرَاعَى كَيْفِيَّةُ الشهادة، فإن أُطْلِقَتِ البَيِّنَتَانِ، فَتُرَجَّحُ التي تنقل، ويعرض حدوث يُبْنَى على ما سَبَقَ.

وإن شَهِدَتْ بَيِّنَةُ النَّصْرَانِيِّ في الحَالَةِ التي نحن فيها؛ بأنهم عَايَنُوهُ حَيّاً في شَوَّالٍ، وشَهِدَتْ بَيِّنَةُ المُسْلِمِ في الحالتين الأوليين؛ بأنهم كَانُوا يَسْمَعُونَ كلمة التَّنَصُّرِ منه إلى انْتِصَافِ شوال مَثَلاً؛ فَتَتَعَارَضُ البَيِّنَتَانِ.

ولو مَاتَ مُسْلِمٌ، وله ابْنَانِ؛ أسلم أَحَدُهُمَا قبل مَوْتِ الأب بالاتِّفَاقِ، وقال الآخَرُ: أَسْلَمْتُ أيضاً قبله. وقال المُتَّفَقُ على إسلامه: بل أَسْلَمْتَ بعد مَوْتِهِ، فعلى الأَحْوَالِ الثلاث؛ إن اقْتَصَرُوا على ذلك، أو اتَّفَقَا على أن الأب مات في رَمَضَانَ، وقال قَدِيمُ الإِسْلاَمِ: أسلمت في شوال. فقال: بل أَسْلَمت في شعبان، فَيُصَدَّقُ قَدِيمُ الإسلام.

وإن أقاما البَيِّنَةَ، تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الآخر، وإن اتَّفَقَا على أن الآخر أَسْلَمَ في رمضان؛ فقال قَدِيمُ الإِسْلاَمِ: إن الأب مَاتَ في شعبان، وقال الآخَرُ: بل في شَوَّالٍ، فالمُصَدَّقُ الآخَرُ، والمُقَدَّمُ بَيِّنَةُ قَدِيمِ الإسلام.

وفي هذه الصورة تَكَلَّمَ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في «المختصر»، وعَامَّةُ الأَصْحَابِ ـ رحمهم الله ـ لا في صورة الكِتَابِ والمقصود واحد.

وعلى هذا يُقَاسُ نَظَائِرُهُمَا، كما لو مات الأَبُ حُرّاً. وأحد الابنين حُرٌّ بالاتفاق، واخْتَلَفَا في أن الآخَرَ عُتِقَ قبل موته، أو بعده. ولو أَنَّهُمَا في صُورَةِ «المختصر» اتَّفَقَا في حَقِّ أحدهما؛ أنه لم يَزَلْ مُسْلِماً. وقال الآخَرُ: لم أَزَلْ مُسْلِماً أيضاً، ونَازَعَهُ الأَوَّلُ، وقال: كنت نَصْرَانِيّاً، وإنما أَسْلَمْتَ بعد موت الأب، فالقول قوله في: أني لم أَزَلْ مُسْلماً؛ لأن ظَاهِرَ الدَّارِ يَشْهَدُ له، وليس مع صاحبه أَصْلٌ يُسْتَصْحَبُ.

ولو قال كُلُّ واحد منهما: لم أَزَلْ مُسْلِماً، وكان صَاحِبِي نَصْرَانِيّاً أَسْلَمَ بعد مَوْتِ الأب، فعن القَفَّالِ تَخْرِيجُهُ على وجهين:

أحدهما: أنه لا يُصْرَفُ شيء إلى وَاحِدٍ منهما؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الاسْتِحْقَاقِ.

وأصحهما: أنه يَحْلِفُ كُلُّ واحد منهما، ويُجْعَلُ المَالُ بينهما؛ لأن ظَاهِرَ الدَّارِ يَشْهَدُ لكل واحد منهما فيما يَقُولُهُ في حَقِّ نَفْسِهِ.

ولو مات رَجُلٌ، وخَلَفَ أبوين كَافِرَيْنِ، وابنين مُسْلِمَيْنِ، فقال الأَبَوَانِ: إنه مَاتَ كافراً، وقال الابْنَانِ: بل مُسْلِماً. قال ابن سُرَيْجٍ: فيه قولان[1]:

أَشْبَهُهُمَا بقول العلماء: أن القول قول الأبوين لأن الولد محكوم بكفره في الابتداء تبعا للأبوين فَيُسْتَصْحَبُ إلى أن يعلم خلافه.

والثاني: أنه يُوقَفُ المَالُ إلى أن يَنْكَشِفَ الأَمْرُ، أو يَصْطَلِحُوا. والتبعية تُرْفَعُ بالبُلُوغِ، وحصول الاسْتِقْلاَلِ.

وفيه وجه آخر: أن القَوْلَ قول الابْنَيْنِ؛ لأن ظَاهِرَ الدَّار يَدُلُّ على ما يقولانه[2].

فرع:

رجل له زَوْجَةٌ، وابن، فماتا، فاختلف الرجل، وأخ الزوجة؛ فقال الرَّجُلُ: مَاتَتِ الزَّوْجَةُ أَوَّلاً، فَوَرِثْتُهَا أنا وَابْنِي، ثم مات الابن، فَورِثْتُهُ. وقال الأخ: مَاتَ الابْنُ أولاً، فَوَرِثْتُهُ مع أختي، ثم مَاتَتِ الأخت فَوَرِثْنَاهُ. فإن لم يكن لواحد منهما بَيِّنَةٌ، فالقَوْلُ قول الأخ في مَالِ أُخْتِهِ؛ وقول الرجل في مَالِ ابنه. فإن حَلَفَا، أو نَكَلاَ فهي صورة استبهام المَوْت، فلا يُوَرَّثُ أَحَدُ الميتين من الآخر، بل مال الابن لأبيه، ومال الزَّوْجَةِ للزوج والأخ.

---

(١) مراد ابن سريج قولان يعني وجهين له لا أنهما منصوصان للشافعي، كذا قاله جمع من العراقيين منهم الشيخ في المهذب وكذا الروياني في البحر.

(٢) قال النووي: الوقف أرجح دليلاً، ولكن الأصح عند الأصحاب أن القول قول الأبوين، وأنكروا على صاحب «التنبيه» ترجيحه قول الابنين، وهو ظاهر الفساد.

وإن أقام كل واحد بَيِّنَةً تَعارَضَتا، وجاء أَقْوَالُ التَّعارُضِ، هذا إذا لم يَتَّفِقَا على وَقْتِ مَوْتِ أحدهما، فإن اتَّفَقَا عليه، واخْتَلَفَا في أن الآخَرَ مَاتَ قبله، أو بعده، فالمُصَدَّقُ من يَقُولُ: مات بعده؛ لأن الأَصْلَ دَوَامُ الحَيَاةِ. وإن أقام كُلُّ واحد بَيِّنَةً، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ من يقول: مَاتَ قبله؛ لأن معها زِيَادَةُ عِلْمٍ.

ولو مات رجل عن زَوْجَةٍ، وأولاد، فقالوا لها: كُنْت أَمَةً فعتقت بموت أَبِينَا. أو ذِمِّيَّةً، فَأَسْلَمْتِ بعد موته[1] وقالت: بل عتقت، أو أَسْلَمْتُ قبل موته، فهم المُصَدَّقُونَ. وإن قالت: لم أَزَلْ مُسْلِمَةً، أو حُرَّةً، فهي المُصَدَّقَةُ؛ لأن الظَّاهِرَ ما تقوله.

وعن رواية الرَّبِيعِ قول: إنها تُصَدَّقُ في الحُرِّيَّةِ دُونَ الإسلام؛ لأن الأَصْلَ في الناس الحُرِّيَّةُ، فإنهم يُخْلَقُونَ أَحْرَاراً، وفي الذين يُخْلَقُونَ مُنْقَسِمِينَ؛ إلى مُسْلمين، وكفار. وخرج قول: أنهم المصدقون جميعاً؛ لأن الأَصْلَ عَدَمُ وِرَاثَتِهَا والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الثَّالِثَةُ لَوْ قَالَ: إِنْ قُتِلْتُ فَأَنْتَ حُرٌّ فَقَامَتْ بَيِّنَةُ الوَارِثِ أَنَّهُ مَاتَ حتف أَنْفِهِ وَبَيِّنَةُ العَبْدِ أَنَّهُ قُتِلَ فَقَوْلاَنِ: أَحَدُهُمَا: التَّسْوِيَةُ، وَالآخَرُ: تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ القَتْلِ لِمَا فِيهَا مِنَ الزِّيَادَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: سَيِّدٌ قال لِعَبْدِهِ: إن قُتِلْتُ، فأنت حُرٌّ، وتَنَازَعَ بعده العَبْدُ والوَارِثُ، فأقام العَبْدُ بَيِّنَةً؛ أنه قُتِلَ، والوَارِثُ بَيِّنَةً؛ أنه مات حَتْفَ أَنْفِهِ. فقولان:

أحدهما: أنهما يتعارضان[2]، لما بَيْنَهُمَا من المُنَافَاةِ.

والثاني: أن بَيِّنَةَ العَبْدِ أَوْلَى؛ لأن عنده زِيَادَةَ عِلْمٍ[3] بالقَتْلِ، فإن قلنا: بالتَّهَاتُرِ فكأنه لا بَيِّنَةَ [فيحلف الوَارِثُ][4] ويَسْتَمِرُّ الرِّقُّ.

وإن قلنا: بالقِسْمَةِ، عتق نِصفه، وإن قلنا: بالقُرْعَةِ، عتق، إن خرجت له القُرْعَةُ، ورُقَّ إن خَرَجَتْ لِلْوَارِثِ. والوَقْفُ لا يَخْفَى، والظَّاهِرُ من القولين في المَسْأَلَةِ على مَا ذَكَرَ أبو الحَسَنِ العبادي تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ العَبْدِ، ونَقْلُ طَرِيقَةٍ قَاطِعَةٍ به، قال: ولا شَكَّ أن القِصَاصَ لا يَجِبُ؛ لأن الوَارِثَ مُنْكِرٌ لِلْقَتْلِ، فإن ادَّعَىٰ الوَارِثُ القَتْلَ، وأقام المُدَّعِي بَيِّنَةً؛ أنه مات حَتْفَ أَنْفِهِ، جرى القَوْلاَنِ. ولو قَالَ: إن مت في رمضان، فعبدي حُرٌّ، وأقام العَبْدُ بَيِّنَةً؛ أنه مات في رَمَضَانَ، والوارث بَيِّنَةً؛ أنه مات في شوال. فَعَلَى القولين:

أحدهما: التَّعَارُضُ.

---

(١) في أ: بعده.
(٢) في ز: متعارضتان.
(٣) في ز: العلم.
(٤) سقط في: أ.

والثاني: تقديم بَيِّنَةِ العَبْدِ؛ لزيادة العِلْمِ بِحُدُوثِ المَوْتِ في رَمَضَانَ.

وعن المُزَنِيِّ: تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ الوَارِثِ؛ لأن معها زِيَادَةَ عِلْمٍ؛ وهي اسْتِمْرَارُ الحَيَاةِ إلى شوال. ومن شرطه[1] أن يطرده في نَظَائِرِ المسألة من قَبْلُ، وَمن بَعْدُ.

ولو أقام الوَارِثُ البَيِّنَةَ على أنه مَاتَ في شعبان، فالقِيَاسُ مجيء التَّعَارُضِ، وانْعِكَاسُ القول الثاني والمَحْكِيُّ عن المزني.

ولو حكم القَاضِي بشَهَادَةِ شَاهِدَيْ رمضان، ثم شَهِدَ شُهُودٌ على أنه مات في شوال، فهل يُنْقَضُ الحُكْمُ وَيُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ ما لو شَهِدَتِ البَيِّنَتَانِ معاً؟

وعن ابن سُرَيْجٍ تَخْرِيجُ قَوْلَيْنِ فيه كما لو بَانَ فِسْقُ الشُّهُودِ بعد الحكم[2]. ولو قال لِسَالِمٍ: إن مِتُّ في رمضان، فأنت حُرٌّ، وقال لِغَانِمٍ: إن مِتُّ في شوال، فأنت حُرٌّ، وأقام كُلُّ واحد بَيِّنَةً على ما يَقْتَضِي حريته، فقولان:

أحدهما: التَّعَارُضُ.

والثاني: تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ سالم؛ لأن معها زِيَادَةَ عِلْمٍ؛ وهي حُدُوثُ المَوْتِ في رمضان.

وعن المُزَنِيِّ وابن سُرَيْجٍ: تقديم بَيِّنَةِ غَانِمٍ.

وإن قلنا بالتَّعَارُضِ، فعلى التَّهَاتُرِ، يُرَقُّ العَبْدَانِ.

وعلى القِسْمَةِ، يُعْتَقُ من كل واحد نِصْفُهُ. ولو قال لِسَالِمٍ: إن مِتُّ من مرضي، فأنت حُرٌّ. وقال لغانم: إن بَرِئْتُ منه، فأنت حُرٌّ، فأقام سَالِمٌ بَيِّنَةً على المَوْتِ فيه، وغانم بَيِّنَةً على البرء منه، ففي وجه البَيِّنَةُ الأُولَى، أَوْلَى؛ لزيادة عِلْمِهَا بالموت.

وفي وجه الثانية، أَوْلَى؛ لعلمها بالبُرْءِ.

ويُحْكَى هذا عن ابن القَطَّانِ، والصحيح التَّعَارُضُ؛ لِتَقَابُلِ الزيادتين[3]. وإذا

---

(١) في أ: شروطه.

(٢) قضية هذا التشبيه ترجيح النقص ويصير الأمر كما كان عليه قبل الحكم نعم في هذا التخريج نظر والظاهر تخريجه على مسألة الداخل فيما إذا أقام الخارج بينته على أن هذه الدار ملكه وحكم القاضي بالبينة وسلمها إليه ثم أقام الداخل بينة وأسند الملك إلى ما قبل إزالة اليد واعتذر بغيبة الشهود ونحوه فهل تسمع بينته؟ وجهان: أصحهما تسمع وينتقض الأول ويقدم عليه باليد الزائلة؛ لأنها إنما أزيلت لعدم الحجة، وعلى هذا تجعل البينة واقعة قبل الحكم فتكون في مسألتنا كما لو شهدا معاً.

(٣) ما صححه من التعارض نص عليه الشافعي في الأم كما حكاه في البيان وأنه قال: يتعارضان قولاً واحداً وقال إنه الذي نقله العراقيون، ثم قال وحكى المسعودي فيه قولين. وذكر صاحب الذخائر أنهما يتعارضان قولاً واحداً ثم ذكر أن الفوراني حكى وجهين.

تَعَارَضَتَا، جاء الخلافُ السَّابِقُ. وحكى القاضي ابْنُ كَجٍّ عن بعض الأَصْحَابِ: إنه إذا وُجِدَ التَّعَارُضُ في مثل هذا، غلبتِ الحرية[١].

خاتمة لهذا الطرف: من ادَّعَى وِرَاثَةَ إنسان، وطلب تَرِكَتَهُ، أو شَيْئاً منها، فَلْيُبَيِّنْ جِهَةَ الوِرَاثَةِ؛ من بنوة، وأخوة[٢]، وغيرهما. وذكر أبو الفرج السَّرَخْسِيُّ: إنه لا يكفي لِطَلَبِ التَّرِكَةِ ذِكْرُ الجِهَةِ على المذهب، بل يَتَعَرَّضُ مع الجهة لِلْوِرَاثَةِ؛ فيقول: أنا أَخُوه، وَوَارِثُهُ. وإذا شهد عَدْلاَنِ، وهما من أَهْلِ الخِبْرَةِ بباطن حَالِ المَيِّتِ، أن هذا ابنه، لا نعرف له وَارِثاً سِوَاهُ، دُفِعَتْ إليه التَّرِكَةُ.

وإن شهدا لصاحب فَرْضٍ دُفِعَ إليه فَرْضُهُ، ولا يُطَالَبانِ بِضَمِينٍ؛ فإنَّ طَلَبَ الضَّمِينِ مع قِيَامِ البَيِّنَةِ كالطَّعْنِ في الشُّهُودِ. وحكى الفوراني: أنه لاَ بُدَّ من ثَلاَثَةِ شُهُودٍ ههنا، كما ذكره في شَهَادَةِ الإِفْلاَسِ. والمشهور الأَوَّلُ.

وإذا لم يكن الشهود من أَهْلِ الخِبْرَةِ، أو كانوا من أَهْلِ الخِبْرَةِ، ولم يقولوا: لا نَعْلَمُ وَارِثاً سِوَاهُ، فالمَشْهُودُ له؛ إما أن يكون له سَهْمٌ مُقَدَّرٌ، أو لا يَكُون.

فإن لم يكن له سَهْمٌ مُقَدَّرٌ، فلا يُعْطَى في الحال، بل يَتَفَحَّصُ القَاضِي عن حَالِ المَيِّتِ في البِلاَدِ التي سَكَنَهَا، أو طَرَقَهَا؛ فيكتب إليها للاسْتِكْشَافِ، أو يأمر من يُنَادِي فيها: ألا إن فلاناً قد مَاتَ، فإن كان له وَارِثٌ، فَلْيَأْتِ القَاضِي، أو ليبعث إليه. فإذا تفحص [في مدة][٣] يغلب على الظَّنِّ في مِثْلِهَا، أنه لو كان له وَارِثٌ هناك، لظهر، ولم يظهر، فحينئذ يُدْفَعُ المَالُ إليه. ويكون البَحْثُ والتَّفَحُّصُ قائماً[٤]. مقام خِبْرَةِ الشهود.

وفي «أَمَالي» أبي الفرج حِكَايَةُ قول: أنه لا يُدْفَعُ المَالُ إليه بعد التَّفَحُّصِ أيضاً، ويُشْتَرَطُ قِيَامُ البَيِّنَةِ على النَّسَقِ الذي سبق. وفيه وجه: أنه يُفَرَّقُ بين أن يكون المَشْهُودُ له مِمَّنْ يَحْجُبُهُ غيره؛ كالأخ، فلا يُدْفَعُ إليه المَالُ بعد التَّفَحُّصِ، وبين أن يكون مِمَّنْ لا يَحْجُبُهُ غيره؛ كالابن. فَيُدْفَعُ. والظاهر عند الأكثرين الأَوَّلُ. وإذا دُفِعَ المَالُ إليه. فهل يُؤْخَذُ منه ضَمِينٌ؟ ظاهر لفظه ـ رضي الله عنه ـ في «المختصر»، أنه يُؤْخَذُ، ولاَ بُدَّ منه.

وقال ـ رضي الله عنه ـ في «الأم»: وأُحِبُّ أن يُؤْخَذَ منه ضَمِينٌ، فاختلف الأَصْحَابُ على طريقين:

أشهرهما: أن المَسْأَلَةَ على قولين:

---

(١) قال النووي: معنى تغليبها أنه لا يحكم بسقوط البينتين.
(٢) في ز: وأخرة
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: فإنما.

أحدهما: أنه لاَ بُدَّ من أَخْذِ الضَّمِينِ، احْتِيَاطاً واسْتِكْشَافاً.

وأظهرهما: أنه لا حَاجَةَ إليه، اكْتِفَاءً بأن الظَّاهِرَ أنه لا وَارِثَ سواه. نعم، هو مُستحب.

والثاني: نَفْيُ الخِلاَفِ، واختلف هَؤُلاَءِ؛ فقطع قَاطِعُونَ بِنَفْي الوجوب، وحملوا ما في «المختصر» على الاسْتِحْبَاب، وحملهما آخرون على مَحْمَلَيْنِ؛ فمنهم من قال: حيث ذكر: أنه لاَ بُدَّ منه. أَرَادَ الأخ، ومن يجوز[1] أن يحجب وحيث ذكر الاسْتِحْبَاب أراد الابن ومن لا يُحْجَبُ. ومنهم من حَمَلَ الأَوَّلَ على ما إذا لم يكن [ثِقَةً][2] مُوسِراً.

والثاني: على [الثِّقَةِ][3] المُوسِرِ، وإن كان ممن لهم سَهْمٌ مُقَدَّرٌ فإن كان ممن لا يُحْجَبُ دُفِعَ إليه أَقَلُّ فَرْضِهِ، عَائِلاً قبل البَحْثِ والتَّفَحُّصِ.

فإنه مستيقن، فالزَّوْجَةُ يُدْفَعَ إليها رُبُعُ الثمن، عَائِلاً على تَقْدِيرِ أنه تَرَكَ أبوين، وبِنْتَيْنِ، وأربع زَوْجَات.

والزوج يُدْفَعُ إليه الرُّبُعُ، عَائِلاً على تقدير أنها تَرَكَتْ أبوين، وبنتين، وزَوْجاً.

والأبوان يُعْطَيَانِ السُّدُسَ، عَائِلاً:

أما الأب، فعلى تقدير أن الوَرَثَةَ أبوان، وبنتان، وزوج، أو زوجة.

وأما الأم، فعلى تَقْدِيرِ أن الوَرَثَةَ أختان لأب وأختان لأم وزوج، أو زوجة. بل لو حضر مع الزوجة ابن، دُفِعَ إليها رُبُعُ الثَّمَنِ، غير عائل؛ لأَنَّ المَسْأَلَةَ لا تَعُولُ إذا كان فيها ابن. ثم إذا تَفَحَّصَ، ولم يَظْهَرْ غيره، أُعْطِيَ تَمَامَ حَقِّهِ.

وفيه وجه: [أنه لا يُعْطَى تَمَامَ حَقِّهِ][4] إلا أن تَقُومَ بَيِّنَةٌ. بخلاف الأَخ؛ فإنه لم يَأْخُذْ شيئاً. فلو لم يُعْطَ بعد التَّفَحُّصِ، كان مَحْرُوماً بالكلية. والصحيح، الأول.

ولا يؤخذ لِلْمُسْتَيْقِنِ ضَمِينٌ، وفي أَخْذِهِ للزيادة الخِلاَفُ.

وإن كان ممن يُحْجَبُ، لم يُدْفَعْ إليه قَبْلَ التفحص شَيْءٌ، وبعد التفحص يُدْفَعُ. وفيه الوجه[5] المذكور فيمن ليس له سَهْمٌ مُقَدَّرٌ، وهو ممن يَحْجُبُهُ غيره. ولو قَطَعَ الشهود بأنه لا وَارِثَ سِوَاهُ، فقد أخطئوا بالقطع في غير مَوْضِعِ القَطْعِ، ولا تبطل به شَهَادَتُهُمْ.

---

(١) في ز: وفي تجوز.
(٢) سقط في: ز.
(٣) سقط في: ز.
(٤) سقط في: أ.
(٥) في أ: الخلاف.

ولو قال الشُّهُودُ: هذا ابنه، ولم يذكروا كَوْنَهُ وَارِثاً، فقد أَطْلَقَ في «التهذيب»: أنه لا يُحْكَمُ بشهادتهم، حتى يذكروا: أنه وَارِثٌ؛ لأنه قد يكون ابناً، ولا يكون وَارِثاً. والعراقيون جَعَلُوا هذه الصُّورة كما لو لم يَكُنِ الشهود من أَهْلِ الخِبْرَةِ البَاطِنَةِ، أو كانوا من أَهْلِ الخِبْرَةِ، ولم يذكروا: أنه لا وَارِثَ سِوَاهُ. وقالوا: يُنْتَزَعُ المَالُ من يده بهذه الشَّهَادَاتِ، ويُدْفَعُ المَالُ إليه بعد التَّفَحُّصِ المذكور.

ونقلوا عن ابن سُرَيْجٍ فيما إذا شَهِدُوا أنه أَخُوهُ. ولم يَتَعَرَّضُوا لِلْوَرَثَةِ: أنه لا يُصْرَفُ إليه شَيْءٌ بعد التَّفَحُّصِ؛ لأن الابن لا يحجبه غيره، فَقَرَابَتُهُ مورثه. والأخ يَحْجُبُهُ غيره، فَقَرَابَتُهُ غير مَوْرُوثَةٍ على تَجُرُدِهَا وأجاب[1] الإمام في الابن بما ذَكَرَهُ العراقيون. وحكى في الأَخِ وجهين فَحَصَلَ فيهما وجهان.

فرع:

قال القاضي الروياني: القِيَاسُ، أنه لا يَصِحُّ الضَّمَانُ ما لم يدفع المال، وهكذا هو في ضَمَانِ العُهْدَةِ.

فرع:

لو قال الشُّهُودُ: لا نعرف له في البلد وَارِثاً سِوَاهُ، لم يُدْفَعْ إليه شَيْءٌ، خِلاَفاً لأبي حَنِيفَةَ، وأحمد فيما رَوَاهُ ابن الصَّبَّاغِ ـ رحمهم الله [وإيانا][2] ـ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الطَّرَفُ الرَّابِعُ فِي العِتْقِ وَالوَصِيَّةِ وَفِيهِ ثَلاَثُ مَسَائِلَ: الأُولَى إِذَا ثَبَتَ عِتْقُ عَبْدَيْنِ بَيِّنَتَيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِ المَرِيضِ المُعْتَقِ عُتِقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُهُ إِذِ الغَالِبُ أَنَّهُمَا مُتَعَاقِبَانِ فَيُعْتَقُ السَّابِقُ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى مِنَ الآخَرِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِذَا أَشْكَلَ السَّابِقُ فَهُوَ كَمَا لَوِ اجْتَمَعَا عَلَى أَحَدِ القَوْلَيْنِ كَمَا فِي الجُمْعَتَيْنِ وَالنِّكَاحَيْنِ، فَإِنْ جُعِلَ كَالاجْتِمَاعِ فَيُقْرَعُ لَكِنْ لَوْ كَانَ أَحَدُ العَبْدَيْنِ سُدُسَ المَالِ وَخَرَجَتْ لَهُ القُرْعَةُ عُتِقَ وعُتِقَ مِنَ الآخَرِ نِصْفُهُ لِتَكْمِلَةِ الثُّلُثِ، وَإِنْ رَأَيْنَا القِسْمَةَ فَيُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثَاهُ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنَ النَّفِيسِ ثَلاَثَةُ أَرْبَاعِهِ وَمِنَ الخَسِيسِ نِصْفُهُ لِأَنَّ نِصْفَ النَّفِيسِ حُرٌّ بِكُلِّ حَالٍ تَقَدَّمَ أَوْ تَأَخَّرَ، وَإِنَّمَا الزَّحْمَةُ فِي النِّصْفِ الثَّانِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من الأصول المُمَهَّدةِ، أن المَرِيضَ مَرَضَ الموت، إذا أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ، كل واحد منهما ثُلُثُ مَالِهِ على الترتيب. ولم يُجِز الوَرَثَةُ يَنْحَصِرُ العِتْقُ في الأول، وإذا أَعْتَقَهُمَا معاً يُقْرَعُ بينهما أيضاً، ولو عُرِفَ سبق أحدهما، ولم يُعْلَمْ عَيْنُ السابق، فقولان:

---

(١) في ز: واختار.

(٢) سقط في: ز.

أحدهما: أنه يُقْرَعُ كما لو أَعْتَقَهُمَا معاً، وهذا لأن مَعْرِفَةَ السَّبْقِ من غير أن يُعْرَفَ السَّابق، لا تَنْفَعُ شيئاً.

والثاني: أنه يُعْتَقُ من كل واحد نِصْفُهُ؛ لأنا لو أقرعنا[1]، لم نَأْمَنْ خروج الرّقّ على السابق، فللسابق حَقُّ الحُرِّيَّةِ، فيلزم منه إِرْقَاقُ حُرٍّ، وتَحْرِيرُ رَقِيقٍ، وأيضاً فلو أَوْصَى لهذا بثلث مَالِهِ، ولهذا بِثُلُثِهِ، ولم يُجِزِ الوَرَثَةُ، يُجْعَلُ بينهما نِصْفَيْنِ. فكذلك ههنا. والقَوْلاَنِ على ما ذكر جماعة من الأَئِمَّةِ كالقولين في الجمعتين، والنكاحين مثل هذه الحالة، فإن قلنا بِبُطْلاَنِ الجمعتين[2]، والنكاحين، أَقْرَعْنَا بينهما، كما لو وَقَعَا معاً. وإن تَوَقَّفْنَا في النكاحين، وأَمَرْنَا الجميع بالظهر، أَعْتَقْنَا من كل واحد نِصْفَهُ. ولو عُرِفَ من سبق إِعْتَاقُهُ بعينه، ثم اشْتَبَهَ ـ فطريقان:

أحدهما: طَرْدُ القولين.

والثاني: وهو الذي أَوْرَدَهُ أبو الفَرَجِ السَّرَخْسِيُّ، وغيره: أنه يُعْتَقُ من كل [واحد][3] نصفه، وهو المُوَافِقُ لما هو الظَّاهِرُ في مِثْلِ هذه الحالة من الجمعتين، والنِّكَاحَيْنِ.

ولو عَلَّقَ عَبْدَيْنِ بالموت، أو أَوْصَى بِعِتْقِهَا، ومات، وكل واحد [ثُلُثُ][4] مَالِهِ، فَيُقْرَعُ، سَوَاءٌ وَقَعَ التَّعْلِيقَانِ، أو الوَصِيَّتَانِ معاً، أو فرض بينهما ترتب[5]، إذا تَقَرَّرَ ذلك. فلو قامت بَيِّنَةٌ على أن المَرِيضَ أَعْتَقَ سَالِماً، وأُخْرَى على أنه أَعْتَقَ غَانِماً، وكل وَاحِدٍ منهما ثلث ماله، فإن أَرَّخَتَا بِتَارِيخَيْنِ مختلفين، عتق من أعتقه أولاً، وإن أَرَّخَتَا بِتَارِيخٍ وَاحِدٍ، أُقْرِعَ بينهما.

وإن [أُطلِقَتا، أو][6] وأُطْلِقَتْ إحداهما، ففي «التهذيب»: أنه يُقْرَعُ [بينهما][7] أيضاً؛ لاحتمال التَّرْتِيبِ، والمَعِيَّةِ.

وقال جماعة ـ منهم صاحب الكتاب والإمام ـ رحمهم الله ـ: احتمال التَّرْتِيبِ أَقْرَبُ، وأغلب[8] من احتمال المَعِيَّةِ. والسابق منهما غير مَعْلُومٍ، وإذا كان كذلك، وتَعَارَضَتِ البينتان[9]، وأطلقتا، عرفنا أن أحد المُعْتَقَيْنِ سَابِقٌ، ولم نعرفه بِعَيْنِهِ، فَيَجِيءُ فيه القولان في أنه يُقْرَعُ بينهما، أو يُعْتَقُ من كل واحد نِصْفُهُ.

---

(١) في أ: قرعنا.
(٢) في أ: الجمع.
(٣) سقط في: ز.
(٤) سقط في: ز.
(٥) في ز: قريب.
(٦) سقط في: ز.
(٧) سقط في: ز.
(٨) في ز: وأغرب.
(٩) في ز: بالبينتان.

ثم في لفظ الكتاب شَيْئَانِ؛ أحدهما: أن نَظْمَهُ يُشْعِرُ بِتَرْجِيح قول القِسْمَةِ، وقد رَجَّحَهُ القاضي الروياني وغيره، وهو يُوَافِقُ قَوْلَ الذاهب في الجُمْعَتَيْنِ إذا علمت السَّابِقَةُ، ولم يَتَعَيَّنْ إلى أنهم يُصَلُّونَ الظُّهْرَ جميعاً؛ لِصِحَّةِ الجمعة السابقة.

وقد بَيَّنَّا في الجُمُعَةِ مَيْلَ الأصحاب [إليه](١) وقولهم: إنه القياس. وَرَجَّحَ آخرون قول القُرْعَةِ، وهو يُوَافِقُ ما ذكرنا في النكاحين؛ أن ظَاهِرَ المَذْهَبِ والصورة مثل هذه؛ أن الحُكْمَ فيما إذا لم يُعْرَفِ السَّبْقُ، ولا المَعِيَّةُ.

والثاني: سياق الكتاب يَقْتَضِي إِثْبَاتَ طريقتين:

إحداهما: القَطْعُ بالقِسْمَةِ.

والثانية: إِثْبَاتُ قولين:

أحدهما: القِسْمَةُ.

والثاني: القُرعَةُ. لكنه لم يَرِدْ ذلك، وإنما حكى قَوْلَ القسمة المَنْصُوصِ عليها، ثم بَيَّنَ أنهم كيف خَرَّجُوهُ، وذكر المأخذ(٢) الذي ينزل عليه هذا القول مع قول القُرْعَةِ.

ويعرف ذلك عند التَّأَمُّلِ في لفظ «الوسيط». وفرع على القولين ما لو قَامَتِ البَيِّنَتَانِ كذلك، لكن أحد العَبْدَيْنِ سدس المال، فإن قلنا بالقُرْعَةِ، فإن خَرَجَتِ القُرْعَةُ للعبد الخسيس عتق، وعتق نصف الآخر؛ ليكمل الثلث.

وإن خرجت لِلنَّفِيسِ، انحصر العِتْقُ فيه. وإن قلنا هناك: يَعْتَقُ من كل واحد نِصْفُهُ، فهنا وجهان:

الذي أَوْرَدَهُ أكثرهم: أنه يُعْتَقُ من كلٍّ واحد ثُلُثَاهُ؛ لأن مَا زَادَ على الثلث من التَّبَرُّعِ يُنْسَبُ إلى جميع التَّبَرُّعِ، وينقص بتلك النسبة(٣) من كل واحد منهم.

وإذا نَسَبْنَا الزَّائِدَ على الثلث؛ وهو السُّدُسُ ههنا إلى جميع التَّبَرُّعِ؛ وهو النِّصْف، كان ثلثه. فَيُرَدُّ العِتْقُ في ثلث كل واحد منهما، ويُنَفَّذُ [في ثلثيه](٤)، وصار كما لو أَوْصَىٰ لواحد بِثُلُثِ مَالِهِ، ولآخر بسدسه [يكون](٥) لكل واحد منهما ثُلُثَا ما أوصى له.

والثاني، ويحكَى عن أبي حَنِيفَةَ: أنه يُعْتَقُ من النَّفِيسِ ثلاثة أرباعه، ومن الخَسِيسِ نِصْفُهُ؛ لأنه إن سَبَقَ إِعْتَاقُ النَّفِيسِ، فجميعه حر، وإن سَبَقَ إِعْتَاقُ الآخر، فنصفه حُرٌّ. فَأَحَد نصفيه على التَّقْدِيرَيْنِ حر. وإنما الزَّحْمَةُ في النصف الثاني، وهو قَدْرُ سدس

(١) سقط في: أ.
(٢) في ز: وذكروا أخذ.
(٣) في ز: القسمة.
(٤) في أ: ثلثه.
(٥) سقط في: ز.

المال، فَيُقَسَّمُ بينهما، فَيُعْتَقُ من النفيس رُبُعُهُ، ومن الخَسِيسِ نِصْفُهُ.

ولو قامت البَيِّنَتَانِ على تَعْلِيقِ عِتْقِ عبدين بالمَوْتِ، أو الوصية بِعِتْقِهِمَا، وكل واحد منهما ثلث المال، ولم يُجِزِ الوَرَثَةُ، فَيُقْرَعُ بينهما، سَوَاءٌ أَرَّخَتِ البَيِّنَتَانِ، أو أُطْلِقَتَا؛ لأن العِتْقَيْنِ المُعَلَّقَيْنِ بالموت كالواقعين [معاً][1] في المَرَضِ.

هذا هو الظاهر، وفيه خلاف نذكره على الأَثَرِ.

واعلم أن المُزَنِيَّ روى في «المختصر»: أن الشَّافِعِيَّ ـ رضي الله عنه ـ قال: ولو شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ بأن فُلَاناً المُتَوَفَّى أَعْتَقَهُ، وهو الثلث في وَصِيَّتِهِ، وشهد وَارِثَانِ لعبد غيره، بأنه أَعْتَقَهُ وهو الثلث في وَصِيَّتِهِ، فَسَوَاءٌ، ويُعْتَقُ من كل واحد نِصْفُهُ.

ثم قال المُزَنِيُّ: قِيَاسُ قوله: أن يُقْرَعَ بينهما.

وأطال الأصحاب نَفَسَهُمْ في شَرْحِ المَسْأَلَةِ، ونحن نُورِدُ منه ما يتهذب[2] به المَقْصُودُ:

أما الفرض، فيما إذا كان شَاهِدَا أَحَدِ العَبْدَيْنِ أَجْنَبِيَّيْنِ، وشاهدا الآخر وارثين، فسيأتي في الفَصْلِ التالي لهذا الفصل بَيَانُ ما يفترق[3] فيه شَهَادَةَ الأَجَانِبِ والوَرَثَةِ، وما لا يفترق[4]. ثم تَحَزَّبَ الأَصْحَابُ فيما هو المُرَادُ من صورة المسألة.

فقال حِزْبٌ منهم: المراد العِتْقُ [في المرض][5] المنجز: لأنه قال: أَعْتَقَهُ.

وقوله: «في وَصِيَّتِهِ»؛ أي: في مَرَضِهِ الذي هو وَقْتُ الوصية، وأثبت هؤلاء قَوْلَيْنِ ـ ما ذكره الشافعي ـ رضي الله عنه ـ، وما خَرَّجَهُ المزني، وهذا ما اختاره[6] أَصْحَابُنَا العِرَاقِيُّونَ.

وقال الحِزْبُ الثَّاني ـ ومِنْهُمْ أبو إِسْحَاقَ: المُرَادُ، العِتْقُ المُضَافُ إلى ما بعد الموتِ لقوله[7]: أَعْتَقَ في وَصِيَّتِهِ؛ أي أمضى[8] بِعِتْقِهِ، ثم اخْتَلَفُوا؛ فقال قائلون: الجَوَابُ، ما قاله المُزَنِيُّ، وحُكِيَ عن نَصِّهِ ـ رضي الله عنه ـ في «الأم»، ثم مِنْ هؤلاء مَنْ يُحَاوِلُ تَأْوِيلَ المنقول [عن الشَّافِعِيُّ][9] ـ رضي الله عنه ـ.

ومنهم من يقول: إنه غَلِطَ من ناقل. وذهب بعضهم إلى إِثْبَاتِ القَوْلَيْنِ مع

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: تهذب.
(٣) في ز: تفرق.
(٤) في ز: تفرق.
(٥) سقط في: ز.
(٦) في ز: أجازه.
(٧) في ز: بقوله.
(٨) في ز: وصى.
(٩) سقط في: أ.

التَّصْوِيرِ في الوَصِيَّةِ بالعتق، وأشَارَ القاضي ابْنُ كَجٍّ إلى طريقة أُخْرَى قَاطِعَةٍ بالقِسْمَةِ تشبهاً[١] بالوَصِيَّةِ لشخصين. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ: شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ غَانِماً وَهُوَ ثُلُثٌ وَشَهِدَ وَارِثَانِ بِأَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ وَأَعْتَقَ سَالِماً وَهُوَ ثُلُثٌ رُقَّ غَانِمٌ وَعُتِقَ سَالِمٌ إِذْ لاَ تُهمَةَ عَلَى الوَارِثِ لِمَا ذُكِرَ لِلرُّجُوعِ بَدَلاً، فَإِنْ كَانَ سَالِمٌ سُدُسَ المَالِ صَارَ مُتَّهَماً فَيُعْتَقُ غَانِمٌ بِالشَّهَادَةِ وَيُعْتَقُ سَالِمٌ بِالإِقْرَارِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُقْرَعُ أَيضاً وَيَلْغُو شَهَادَةُ الرُّجُوعِ وَتَبْقَى شَهَادَةُ العِتْقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لاَ فَرْقَ في شُهُودِ العِتْقِ والوصية بين أن يَكُونُوا أَجَانِبَ، أو وَارِثِينَ؛ إلا أن الوَارِثَ قد يَجُرُّ بِشَهَادَتِهِ نَفْعاً إلى نَفْسِهِ فلا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ. وإلا أن شَهَادَةَ الوَارِثِ قد تَتَضَمَّنُ إِقْرَاراً للمشهود به، فيؤاخذ بها فلو[٢] شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ، أنه أَوْصَى بِعِتْقِ غَانِم، وهو ثُلُثُ مَالِهِ، وشهد وَارِثَانِ، أنه رَجَعَ عن تلك الوَصِيَّةِ، وأَوْصَى بِعِتْقِ سَالِم، وهو ثلث مَالِهِ أيضاً، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا على الرُّجُوعِ عن الوصية الأُولَى، وتثبت[٣] بها الوَصِيَّة الثانية؛ لأنهما أَثْبَتَا للرجوع[٤] عنه بَدَلاً يُسَاوِيهِ فارتفعت التُّهْمَةُ، ولا نَظَرَ إلى تَبْدِيلِ الوَلاَءِ.

وقد يكون الثاني أَهْدَى إلى الكَسْبِ وجَمْعِ المال[، فإنه][٥] قد لا يُتَّفَقُ أَخْذُ شيء بالوَلاَءِ، ومُجَرَّدُ هذا الاحتمال لو أَوْجَبَ رَدَّ الشهادة، لما قُبِلَتْ شَهَادَةُ قَرِيبٍ لِقَرِيبٍ يَرِثُهُ.

وعن أبي حَنِيفَةَ ومَالِكٍ: أنه لا تُقْبَلُ شهادتهما على الرُّجُوعِ، ويُعْتَقُ العَبْدَانِ معاً. هذا إذا كان الوَارِثَانِ عَدْلَيْنِ. فإن كانا فَاسِقَيْنِ، لم يثبت الرُّجُوعُ بقولهما، ويُحْكَمُ بِعِتْقِ غَانِم بشهادة الأَجْنَبِيَّيْنِ؛ لأن الثلث يَحْتَمِلُهُ، ويُعْتَقُ من سَالِمٍ قَدْر ما يحتمله ثُلُثُ الباقي من المَالِ بعد غَانِمٍ، وهو ثلثاه. وكأنَّ غَانِماً [هَلَكَ، أو][٦] غُصِبَ من التَّرِكَةِ، فإن قال الوَارِثَانِ: أوصى بِعِتْقِ سالم، ولم يَتَعَرَّضَا لِلرُّجُوعِ عن وصية غَانِم، فالحكم كما ذكرنا فيما إذا كَانَ رِجَالُ البَيِّنَتَيْنِ كلهم أَجَانِبَ، فالظاهر القُرْعَةُ، ويجيء فيه الخِلاَفُ المذكور في الفَصْلِ السابق.

ولو كانت المَسْأَلَةُ بِحَالِهَا، ولكن سَالِماً سُدُسُ المَالِ، فالوَارِثَانِ مُتَّهَمَانِ بِرَدِّ العِتْقِ من الثلث إلى السدس، فلا تُقْبَلُ شهادتهما على الرُّجُوعِ في النصف الذي لم يثبتا له بَدَلاً.

وفي الباقي الخِلاَفُ في تبعيض[٧] الشهادة؛ فإن قلنا: إنها لا تُبَعَّضُ، وبه أجاب

---

(١) في ز: تشبيهاً.
(٢) في ز: لو.
(٣) في أ: وأثبت.
(٤) في ز: للرجوع.
(٥) سقط في: ز.
(٦) سقط في: ز.
(٧) في ز: تبعض.

الشَّافِعِيُّ - رضي الله عنه - في هذه الصورة، فَتُرَدُّ شهادتهما فيه أيضاً، ويُعْتَقُ الأَوَّلُ بشهادة الأجنبيين، ويُعْتَقُ الثاني بِإِقْرَارِ الوارثين؛ لأن شَهَادَتَهُمَا تَتَضَمَّنُ الإِقْرَارَ بأنه مُسْتَحِقُّ العِتْقِ. فإن لم يَكُونا جائزين عتق منه قَدْرُ ما يَسْتَحِقَّانِهِ ومنهم من يَقُولُ: يُعْتَقُ من الثاني بِقَدْرِ ما يَحْتَمِلُهُ ثُلُثُ الباقي من المال. وليس هذا خِلاَفاً في المعنى؛ فإن كل[1] الثاني وهو سُدُسُ المَالِ، يحتمله[2] ثلث الباقي بعد الأَوَّلِ.

وإن قلنا: إنها تَبَعَّضُ، فَيُعْتَقُ نِصْفُ الأول، وجميع الباقي؛ وهو قَدْرُ الثلث.

وفيه وجه آخر: أن الرُّجُوعَ المَشْهُودَ به لا يَتَبَعَّضُ. فإذا لم يَثْبُتْ في البعض، لا يَثْبُتْ في الباقي، وتَبْقَى الشَّهَادَةُ على الوَصِيَّةِ بعتق الباقي[3]، فَيُقْرَعُ بينهما على مَا مَرَّ.

وهذا الخلاف فيما إذا لم يكن في التَّرِكَةِ وَصِيَّةٌ أخرى.

فإن كان قَدْ أَوْصَى بثلث ماله لإِنْسَانٍ، وقامت البَيِّنَتَانِ لغَانِم وسَالِم هكذا، تُقْبَلُ شَهَادَةُ الوَارِثِينَ على الرُّجُوعِ عن الوصية بِإِعْتَاقِ غَانِم؛ لأن للورثة[4] رَدَّ الزِيَادَةِ على الثلث، فَلَيْسَ في الشهادة على الرُّجُوعِ تُهْمَةٌ عليهم. وإذا ثبت الرجُوعُ بِشَهَادَتِهِمْ، جُعِلَ الثُّلُثُ أَثْلاَثاً بين الموصى له بالثلث، وبين عِتْقِ سَالِم؛ فَيُعْطَى الموصى له ثُلُثَا الثلث، ويُعْتَقُ منه ثلثاه، وهو ثُلُثُ الثلث. هكذا ذكروه.

لكن رَدَّ الزَّائِدِ على الثلث لا يُوجِبُ جَرَيَانَ بَعْضِ أرباب الوَصَايَا، بل يُوزَّعُ عليهم الثُّلُثُ. وقبول الشهادة الرجوع يوجب إِرْقَاقَ غَانِم وحِرْمَانَهُ عن التَّبَرُّعِ، وهو مَحَلُّ التُّهْمَةِ؛ لِتَعَلُّقِ الأَغْرَاضِ بأعيان العَبِيدِ والأَمْوَالِ، بَلْ قَبُولُ شهَادَةِ الرُّجُوعِ من الوَرَثَةِ، وإن أَثْبَتُوا بَدَلاً مُسَاوِياً لَا يصفو عن الإِشْكَالِ؛ لأنه قد يَتَعَلَّقُ الغرض باستبقاء[5] غَانِمٍ، وإن كان سَالِماً مِثْلَهُ في القيمة.

وإن كان الوَارِثَانِ فَاسِقَيْنِ عتق غَانِمٌ بشهادة الأَجْنَبِيَّيْنِ، وعتق سَالِمٌ بِإِقْرَارِهِمَا؛ وهو دون ثلث الباقي من المال بعد غَانِم، ولو كانت قِيمَةُ من شَهِدَ له [الأجنبيان سدس المال، وقِيمَةُ من شهد له][6] الوَارِثَانِ ثلثَ المال، قُبِلَتْ شهادتهما على الرُّجُوعِ. وعتق الثاني.

فإن كانا فَاسِقَيْنِ عتق الأول، وعتق ثلث الباقي من المال بعد الأَوَّلِ؛ وهو خمسة أسداس الثاني[7] وكأنه غصب[8] الأَوَّل.

---

(١) في ز: كان.
(٢) في ز: تحمله.
(٣) في ز: الثاني.
(٤) في ز: الورثة.
(٥) في أ: باستيفاء.
(٦) سقط في: أ.
(٧) في أ: المال.
(٨) في الروضة: تلف.

ولو شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أنه نَجْزَ عِتْقَ غَانِمٍ في المَرَضِ، ووارثان أنه نَجَّزَ عِتْقَ سالم، وكل واحد منهما ثُلُث المال فَيُنْظَرْ إن كذبَ الوَارِثَانِ الأَجْنَبِيَّيْنِ وقالا: لم يعتق غَانِماً، وإنما أَعْتَقَ سالماً، فَيُعْتَقُ العَبْدَانِ جميعاً.

أما غَانِمٌ فَبِشَهَادَةِ الأجنبيين، وأما سالم فبشهادة[1] الوارثين أن العَتِيقَ سَالِمٌ دون غَانِمٍ. فإن لم يكونا جائزين عتق منه حِصَّتُهُمَا، واستدرك بعض المتأخرين فقال: قياس ما سَبَقَ ألا يُعْتَقَ من سَالِمٍ إلا قَدْرُ ما يحتمله ثُلُثُ الباقي من المَالِ بعد غَانِمٍ[2]، وكأن غَانِماً غُصِبَ من التركة. وهذا جيد.

وإن لم يكذباهما، بل قالا: أَعْتَقَ سَالِماً، ولا ندري هل أَعْتَقَ غَانِماً أم لا؟ فإن كان الوَارِثَانِ عَدْلَيْنِ، فالحكم كما ذَكَرْنَا فيما إذا كان شُهُودُ العَبْدَيْنِ معاً أَجَانِبَ. وإن كانا فَاسِقَيْنِ، فَيُعْتَقُ غَانِمٌ بشهادة الشهود، وأما سَالِمٌ، فقد ذكر الشيخ أبو حَامِدٍ، وتابعه كَثِيرٌ من الأصحاب ـ رحمهم الله ـ: أنه يُعْتَقُ منه نِصْفُهُ إذا فَرَّعْنَا أنه يُعْتَقُ من كل واحد نِصْفُهُ لو كانا عَدْلَيْنِ؛ لأن الوارثين معترفان في ضمن الشهادة باسْتِحْقَاقِهِ عتق النصف، فَلَزِمَهُمَا ما اعْتَرَفَا به.

وقال ابن الصَّبَّاغ: هذا سَهْوٌ؛ لأن غَانِماً أيضاً لا يَسْتَحِقُّ بِقَوْلِ الوَارِثِينَ إلا عِتْقَ النصف. وقد حكمنا[3] بِعِتْقِ جميعه فنصفه كالمَغْصُوبِ، أو الهَالِكِ في حَقِّ الوَرَثَةِ، ونِصْفُهُ سدس التركة فينبغي أن يُعْتَقَ عَبْدٌ إلا سُدُسَ عَبْدٍ. وقد أَعْتَقْنَا نِصْفَ عَبْدٍ، فيبقى ثلث عبد بلا مَزِيدٍ. لكن العبدين سَوَاءٌ في اسْتِحْقَاقِ العتق، فلا يَجُوزُ أن يُعْتَقَ من أحدهما أَكْثَرُ مما يُعْتَقُ من الآخر. ويَلْزَمُ من ذلك أن ينقص ما عتق من الأول عن النِّصفِ، وأن يزيد ما يعتق من الثَّانِي على الثُّلُثِ.

وسنبين[4] ذلك بأن يُقَالَ: عتق من الأول شَيْءٌ، والباقي مَغْصُوبٌ. وعُتِقَ من الثاني شَيْءٌ، والباقي لِلْوَرَثَةِ مع الثلث الكَامِلِ من التِّرِكَةِ. فمعهم إذن ثُلُثَانِ سِوَى شَيْءٍ.

---

(١) في ز: فبإقرار.

(٢) هذا الاستدراك الذي لم يبين قائله هو لصاحب الكافي، كذا رأيته فيه وعبارته «وإن كذب الوارثان الأجنبيين وقالا لم يعتق سالماً، وإنما أعتق غانماً عتق العبدان الأول بشهادة الأجنبيين، والثاني: بإقرار الوارثين إذا كانا يرثان جميع المال، فإن كان معهما وارث آخر عتق من الثاني بقدر حصتهما؛ لأن تكذيبهما لا يبطل شهادة الأجنبيين، ويزعمهما أن الثاني حر لأن الأول رقيق. هذا قول عامة الأصحاب وقياس مذهبنا أن يعتق الأول بشهادة الأجنبيين ومن الثاني بقدر ما يخرج من ثلث الباقي ويجعل العبد الأول كالهالك أو المغصوب من التركة في حقهما، هذا إذا لم يكن معهما وارث فإن كان يعتق من الثاني بقدر ما يخرج من الثلث من نصيبهما. انتهى.

(٣) في ز: حكماً. (٤) في ز: سيبين.

وذلك يَعْدِلُ ضِعْفَ ما عتق؛ وهو أربعة أَشْيَاءَ فيجبر. ويقابل فثلثا التركة تَعْدِلُ خمسة أشياء، فالشَّيْءُ خمس ثلثي التَّرِكَةِ، وخمس الثلثين خُمُسَا الثلث، وكل عَبْدٍ ثلث، فَيُعْتَقُ من الأول خُمُسَاهُ، والباقي مَغْصُوبٌ، ومن الثاني خُمُسَاهُ، يبقى ثَلاَثَةُ أخماسه لِلْوَرَثَةِ مع الثلث الكَامِلِ، وهي ثمانية أَخْمَاسٍ، ضعف ما عتق.

ولو شهد أَجْنَبِيَّانِ لِغَانِمٍ وَوَارِثَانِ لِسَالِمٍ كما ذكرنا، إلا أن سَالِماً سدس المال، فإن كَذَّبَ الوَارِثَانِ الأجنبيين[1] عُتِقَا جميعاً، وإن لم يُكَذِّبَاهُمَا، فإن كانا عَدْلَيْنِ، وكما إذا كان شهود العَبْدَيْنِ أَجَانِبَ. والأول ثُلُثُ المال والباقي سدسه، وقد مَرَّ حُكْمُهُ في الفصل السَّابِقِ.

وإن كانا فَاسِقَيْنِ، نقل صاحب «التهذيب»: أن الأَوَّلَ حُرٌّ بشهادة الأَجْنَبِيَّيْنِ، ويُقْرَعُ بينهما، فإن خَرَجَتِ القُرْعَةُ له، انْحَصَرَ العِتْقُ فيه. وإن خَرَجَتْ للثاني، عُتِقَ الأول بالشَّهَادَةِ، وعُتِقَ من الثَّانِي ثُلُثُ ما بَقِيَ من المال؛ بإِقْرَارِ الوارثين. قال في «التهذيب»: وقياس هذا أن يُقْرَعَ أيضاً إذا كان كُلُّ واحد من العَبْدَيْنِ ثُلُثَ المال، وكان الوَارِثَانِ فَاسِقَيْنِ، وكان هذا جَوَاباً على قول القُرْعَةِ، فيما إذا كان الشُّهُودُ كلهم أَجَانِبَ. وما نَقَلْنَا عن الشيخ أبي حَامِدٍ وغيره على قَوْلِ القِسْمَةِ ـ والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الثَّالِثَةُ إِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بِأَنَّهُ أَوْصَىٰ لِزَيْدٍ بالسُّدُسِ وَشَهِدَتْ أُخرَى بِأَنَّهُ أَوْصَىٰ لِبكْرٍ بِالسُّدُسِ وَشَهِدَتْ أُخرَى بِأَنَّهُ رَجَعَ عَنْ إِحْدَى الوَصِيَّتَيْنِ، فَعَلَى وَجْهٍ تَبْطُلُ الشَّهَادَةُ بِالرُّجُوعِ المُبْهَمِ وَيُسَلَّمُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ سُدُسٌ، وَعَلَى وَجْهٍ يَصِحُّ لِتَعَيُّنِ المَشْهُودِ لَهُ وَالمَشْهُودِ عَلَيْهِ فَيُقَسَّمُ عَلَيْهِمَا سُدُسٌ وَاحِدٌ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا شَهِدَ اثنان بأن فُلاَناً المَيِّتَ أوصى لِزَيْدٍ بالثُّلُثِ وآخران[2] بأنه أَوْصَى لِبَكْرٍ بالثلث، فلا يَخْفَى أنه يُجْعَلُ الثُّلُثُ بينهما بالسوية؛ فإن ذكر الآخران: أنه رَجَعَ عن الأَوَّلِ، وأَوْصَى لِبَكْرٍ بالثلث، سُلِّمَ له الثلث، ويَسْتَوِي في الرجوع شَهَادَةُ الوَارِثِ، والأجنبي، إذا جَرَى ذِكْرُ البَدَلِ. ولو شهد اثْنَانِ: أنه رَجَعَ عن وَصِيَّةِ بَكْرٍ أيضاً، وأَوْصَى بالثلث لِعَمْرٍو سُلِّمَ الثُّلُثُ لعمرو ولو شهد اثنان أنه أوصى بالثلث لزيد أو اثنان أنه أَوْصَى به لِبَكْرٍ، ثم شَهِدَ اثنان أنه رَجَعَ عن إحدى الوَصِيَّتَيْنِ، فإن عينا الرُّجُوعَ عنها، ثَبَتَ الرُّجُوعُ وكان الثُّلُثُ كُلُّهُ للآخر.

وفي كتاب القَاضِي ابْنِ كَجٍّ: أن أبا الحُسَيْنِ قال: لا يكون للثَّانِي إلا السُّدُسُ؛ لأنه إذا أَوْصَى بالثلث لهذا، وبالثلث لهذا، فَكَأَنَّهُ أوصى بالسُّدُسِ لكل واحد منهما.

---

(١) في أ: الأجنبيان.
(٢) في ز: وآخر.

وإنما يُسَلَّمُ الثُّلُثُ للآخر، إذا ثَبَتَ أن وَصِيَّتَهُ وَقَعَتْ بعد الرُّجُوعِ عن الوَصِيَّةِ الأخرى. وإن لم يُعَيِّنْ شَاهِد الرجوع الوصية المَرْجُوعِ عنها، نصَّ في «المختصر» - رضي الله عنه -: أن الثُّلُثَ يكون بينهما. ولِمَ ذلك؟

قال أكثر الأصحاب: لأنهما أَبْهَمَا الرُّجُوعَ، والإِبْهَامُ يمنع قَبُولَ الشهادة، كما لو شهدا: أنه أَوْصَى لأحد هذين، أو لفلان كذا على أَحَدِ هذين. وإذا لم تُقْبَلْ شَهَادَةُ الرجوعِ والوَرَثَةُ لا تجيز أَكْثَرَ من الثلث، يكون الثُّلُثُ بينهما. وقال بعضهم، واخْتَارَهُ القَفَّالُ: هذه الشهادة مَقْبُولَةٌ؛ لتعيين الوارث المشهود له، وعين المشهود عليهما.

وإن وَقَعَ الإِبْهَامُ، فالوَصِيَّةُ تحتمل الرُّجُوعَ، والإِبْهَامَ، ويَنْقَسِمُ الرجوع[1] بينهما، ويُجْعَلُ كأنه رَدَّ وصية كل واحد منهما إلى السُّدُسِ.

وتظهر فَائِدَةُ الخِلاَفِ فيما إذا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ: أنه أَوْصَى لِزَيْدٍ بالسدس، وأخرى أنه أَوْصَى لِبَكْرٍ بالسدس، وأُخْرَى أنه رَجَعَ عن إِحْدَى الوصيتين، وهي الصُّورَةُ المَذْكُورَةُ في الكتاب، فعلى ما ذَكَرَهُ أكثرهم، لا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الرُّجُوعِ المبهم. ويُدْفَعُ إلى كُلِّ واحد منهما السدس. وعلى ما اخْتَارَهُ القَفَّالُ، تُقْبَلُ، ويُجْعَلُ كأنه رَجَعَ عن نِصْفِ كل وصية. فَيُدْفَعُ إلى وَاحِدٍ منهما [نِصْفُ][2] سدس.

واعْلَمْ أَنَّ هذه الكُتُبَ الثلاثة أدب القَضَاء، والشَّهَادَات، والدَّعَاوَى والبَيِّنَات، يَتَعَلَّقُ بعضها بِبَعْضٍ. وقد يَتَّفِقُ ذلك[3] المداخلة في مَسَائلها. وإذ يَسَّرَ اللَّهُ - تعالى - الفَرَاغَ من شرح ما في الكتاب [من ثلاثتها][4] فإنا نرى خَتْمَهَا بِبَابَيْنِ:

أحدها: في مسائل وَصُوَرٍ تَدْخُلُ في هذه الكُتُبِ؛ منها ما هي كالشَّهَادَةِ عن الأُصُولِ المذكورة [فيها][5] ومنها ما هي مُسْتَخْرَجَةٌ عليها. لكن التَّنْصِيصَ عليها يفيد الدُّرْبَةَ ويهذب الأُصُولَ. والباب الثاني في دعوى[6] النَّسَبِ؛ وقد أَوْرَدَهُ في الكتاب، وله ارْتِبَاطٌ بهذه الكتب من حيث إنه نوع ادِّعَاءٍ. لكنه لا يحتاج إلى البَيِّنَةِ[7] من حيث إن القَائِفَ شَبِيهٌ بالحاكم.

أَمَّا البَابُ الأَوَّلُ: فيأتي بالمسائل مَنْثُورَةً؛ ونقول مُسْتَوْفِقِينَ بالله تَعَالى جَدُّهُ.

يوم الجمعة كَسَائِرِ الأَيَّامِ في إِحْضَارِ من يُطْلَبُ إِحْضَارُهُ مَجْلِسَ الحكم. نعم، إذا صَعَدَ الخطيب المِنْبَر، فلا يحضر أحدٌ إلى الفَرَاغِ من الصَّلاَةِ، واليهودي يحضر يوم

---

(١) في ز: المرجوع.
(٢) سقط في: أ.
(٣) في ز: لذلك.
(٤) سقط في: أ.
(٥) سقط في: ز.
(٦) في أ: دعوة.
(٧) في ز: النية.

السَّبْتِ ويكسر عليه سبته. شَهِدَ اثْنَانَ: أنه غَصَبَ كذا، أو سَرَقَهُ غُدْوَةً، وآخران: أنه سَرَقَهُ، أو غصبه عَشِيَّةً، فَتَتَعَارَضُ البَيِّنَتَانِ، ولا يُحْكَمُ بواحدة منهما، بِخِلاَفِ ما لو شَهِدَ شَاهِدٌ هكذا، وآخر هكذا، حيث يَحْلِفُ المُدَّعِي مع أحدهما، ويأخذ الغَرِيمُ؛ لأن الشَّاهِدَ ليس بِحُجَّةٍ حتى يفرض تَعَارُضٌ[١].

شَهِدَ شَاهِدٌ على إِتْلاَفِ ثَوْبٍ قِيمَتُهُ رُبُعُ دِينَارٍ، وآخر على إِتْلاَفِ ذلك الثوب بعينه، وقال: قِيمَتُهُ ثَمَنُ دِينَارٍ يثبت الأَقَلُّ، وللمدعي أن يَحْلِفَ مع الآخر.

ولو شَهِدَ اثْنَانِ على إِتْلاَفِ ثَوْبٍ قِيمَتُهُ رُبُعٌ، وشَهِدَ آخران على أنه أَتْلَفَ ذلك الثَّوْبَ وقيمته ثمن يثبت الأَقَلُّ أيضاً؛ لأنه المُتَّفَقُ عليه. وأما الزِّيَادَةُ، فالبَيِّنَتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ فيها. وبهذا قال أحمد.

وقال أبو حَنِيفَةَ: الأَكْثَرُ عليهما.

ولو شَهِدَ اثْنَانِ على أن وَزْنَ الذهب الذي أَتْلَفَهُ دِينَارٌ، وآخَرَانِ على أن وَزْنَهُ نِصْفُ دِينَارٍ، يثبت الدِّينَارُ؛ لأن مع الشَّاهِدَيْنِ به زِيَادَةَ عِلْم، بخلاف الشَّهَادَةِ على القِيمَةِ، فإن مدركَهَا الاجْتِهَادُ، وقد يَقِفُ شَاهِدُ القليل على عَيْبٍ به.

ادَّعَى عَبْداً في يَدِ رَجُلٍ، وأقام بَيِّنَةً: أنه وَلَدُ أَمَتِهِ، لم يُقْضَ له بهذه البَيِّنَةِ. فربما وَلَدَتْهُ قبل أن مَلَكَهَا. وإن قال: إنه وَلَدُ أَمَتِهِ، وَلَدَتْهُ في مِلْكِهِ، نصَّ ـ رضي الله عنه ـ: أنه يُقْضَى له بهذه البَيِّنَةِ، لكنها شَهَادَةٌ بِمِلْكٍ سَابِقٍ، وهو المِلْكُ يوم الوِلاَدَةِ.

وقد سبق أن البَيِّنَةَ على أنه مِلْكُهُ لا يُقْضَى بها في أَصَحِّ القَوْلَيْنِ. فَخَرَّجَ ابْنُ سُرَيْجٍ قَوْلاً ههنا أيضاً، وامْتَنَعَ سائر الأَصْحَابِ عنه، وفَرَّقُوا بأن النَّمَاءَ تَابِعٌ للأصل. فإذا تَعَرَّضَتِ البَيِّنَةُ لِمِلْكِ الأَصْلِ، تبعه النَّمَاءُ في المِلْكِ.

ألا ترى أنه إذا قامت البَيِّنَةُ على مِلْكِ الشيء منذ سَنَةٍ يَأْخُذُهُ المُدَّعِي مع زِيَادَةٍ في البَينة[٢]؟ وهناك الشَّهَادَةُ على الأَصْلِ، فاعتبر التَّعَرُّضُ لِلْمِلْكِ في الحال، [لكن صورة الاسْتِشْهَادِ قامت الشَّهَادَةُ على مِلْكِ الأَصْلِ في الحال][٣]، وأرخت الملك وليس قولهم: وَلَدَتْهُ في مِلْكِهِ، إِثْبَاتَ مِلْكِ الأَصْلِ في الحال.

ولو شَهِدُوا: أن هذه الشَّاةَ نَتَجَتْ في مِلْكِهِ، وهذه الثَّمَرَةُ حَصَلَتْ من شجرته، في مِلْكِهِ، فهو كقولهم: وَلَدَتْهُ أَمَتُهُ في مِلْكِهِ، ولا تَكْفِي أن يَقُولُوا: هذه نِتَاجُ شَاتِهِ، وثَمَرَةُ

---

(١) الجزم بالتعارض في الأولى فيه نظر، ويحتمل خلافه فإنه يمكن الجمع بأن يسترجعه منه ثم يغصبه أو يسترقه لا سيما إذا ادعى المالك ذلك عند إقامة البينة الثانية وكانت دعواه الأولى مبطلة.

(٢) في ز: السنة. (٣) سقط في: أ.

شَجَرَتِهِ. ولو شَهِدُوا: أن هذا الغَزْلَ من قُطْنِهِ، والفَرْخَ من بَيْضِهِ، أو الدَّقِيقَ من حِنْطَتِهِ، أو الخُبْزَ من دَقِيقِهِ، كفى؛ لأن ذلك عَيْنُ مِلْكِهِ. تَغَيَّرَتْ صِفَتُهُ، بخلاف وَلَدِ الجَارِيَةِ، وثَمَرَةِ الشجرة.

أقام بَيِّنَةً على رِقِّ شخص، وأقام المُدَّعَى عليه بَيِّنَةً على أنه حُرُّ الأَصْلِ فَبَيِّنَةُ المُدَّعِي أَوْلَى؛ لأن معها زِيَادَةَ عِلْمٍ؛ وهي إِثْبَاتُ الرِّقِّ(١).

ادَّعَى دَيْناً على إِنْسَانٍ، وشَهِدَ شَاهِدَانِ، لكن ذكر أحدهما موصولاً بشهادته: أنه قَضَاهُ، أو أن المُسْتَحِقَّ أَبْرَأَهُ، فشهادته باطلة لِلتَّضَادِّ. وإن ذِكْرَهُ مَفْصُولاً عن الشهادة. فإن كان بَعْدَ الحُكْمِ، لم يُؤَثِّرْ للمدعى عليه أن يَحْلِفَ معه على القَضَاءِ، أو الإِبْرَاءِ.

---

(١) ما جزم به المصنف وتبعه النووي تبعاً فيه البغوي والقاضي الحسين والقفال والشيخ أبا حامد الاسفرايني.

وقال الهروي في الأشراف عن الأصحاب أنه يقدم بينة الحرية ولم ينقل تقدم بينة الرق إلا عن الشيخ أبي حامد، وذكر شريح الروياني في روضته كما ذكر الهروي وكذا الجرجاني في المعاياة وهو من العراقيين وصححه بعد حكايته وجهين قاله في الخادم، وقال إنه الراجح، قال وللمسألة نظائر.

أحدهما: إذا باع شيئاً وشهدت بينة بالرشد حالة البيع ثم قامت بينة أخرى بأنه كان سفيهاً، أفتى ابن الصلاح فيها بتقديم بينة السفه كما تقدم الخارجة على المعدلة، وقال في موضع آخر: يختلف ذلك بحسب اختلاف صور ما تقع به الشهادة، فإذا شهدت بينة السفه بتدبير أو فسق مقارن للبلوغ مستمر إلى حين البيع تقدم على بينة الرشد تقديم البينة الخارجة على المعدلة وإن شهدت بينة بأنه غير رشيد وبينة أنه كان عند العقد رشيداً فبينة الرشد أولى وكذا ما جرى هذا المجرى.

الثانية: تعارض بينتي الجنون والعقل: أطلق القاضي الحسين في فتاويه تقديم بينة الجنون لأن عندها زيادة علم وهو حدوث الجنون، وقال صاحبه البغوي إن لم يعرف له جنون سابق فبينة الجنون أولى، وإن كان يجن أحياناً وعرف منه فالبينتان متقابلتان.

الثالثة: تعارض بينة الصحة والمرض: أفتى النووي وغيره من معاصريه بتقديم بينة المرض وخالفهم الشيخ تاج الدين ابن الفركاح إلى أن قال صاحب الخادم والصواب ما أفتى به النووي وجزم به القفال في فتاويه وهو قضية كلام الأصحاب لأن مع بينة المرض زيادة علم، والظاهر أن بينة الصحة مستصحبة والناقلة تقدم عليها.

الرابعة: تعارض بينتي الإكراه والاختيار: والمجزوم به في الشرح والروضة في آخر الباب الأول من الإقرار تقديم بينة الإكراه.

الخامسة: تعارض بينتي الإقرار والإبراء في فتاوى ابن الصلاح فيما لو أقام المدعي بينة بأنه أقر له بألف في يوم كذا فأقام المدعى عليه بينة بأن المدعي أقر في ذلك اليوم بعينه بأنه لا يستحق قبل المدعى عليه دعوى ولا طلبه أجاب بأن بينة الإقرار بالدين المثبت تقدم، وهذا فيه إطلاق مخالف للمنقول ففي روضة شريح شهدا بالمال وآخران بالإبراء، فشاهدا الإبراء أولى إن أطلقا، وإن وقتا فالأخيرة أولى، وإن أطلقت بينة وأرخت الأخرى فعن ابن أبي هريرة أن بينة البراءة أولى لأنها إنما تكون بعد الوجوب. قال شريح: ويحتمل أن يجعل كما لو ذكرنا واحداً فيعارضان.

وإن كان قبل الحكم سُئِلَ: متى قَضَاهُ؟ فإن قال: قبل أن شَهِدت، فكذلك الجَوَابُ عند صاحب «التلخيص».

وذكر فيما إذا شَهِدَ على إِقْرَارِهِ بالدَّيْنِ شَاهِدَانِ، ثم عاد أَحَدُهُمَا، وقال: إنه قَضَاهُ، أو أَبْرَأَهُ المستحق، بعد أن شهدت: أن شَهَادَتَهُ لا تَبْطُلُ. بل يُقْضَىٰ بالدَّيْنِ، ويُؤْخَذُ، إلا أن يَحْلِفَ المدعى عليه مع شَاهِدِ القَضَاءِ، والإبراء.

والفَرْقُ: أن هناك شَهِدَ على نفس الحَقِّ، والقَضَاءِ، والإِبْرَاءِ، يُنَافِيَانِهِ، فَبَطَلَتِ الشَّهَادَةُ. وها هنا شهد على الإِقْرَارِ، والقَضَاءِ، والإِبْرَاءِ، لا يُنَافِيَانِهِ، فلا تَبْطُلُ الشَّهَادَةُ.

وعن أبي زيد وَجهٌ: أن شَهَادَتَهُ على نفس الحَقِّ، لا تبطل أيضاً.

والظاهر، الفرقُ ويَقْرُبُ من هذا الخِلاَفِ فيما إذا ادعى أَلْفاً، وشَهِدَ له شَاهِدَانِ بألف مُؤَجَّلٍ، ولكن قال أحدهما قُضِيَ منه خمسمائة.

ففي وَجْهٍ: لا تَصِحُّ شهادتهما إلا في خمسمائة، نعم لِلْمُدَّعِي أن يَحْلِفَ للخمسمائة الأخرى مع الشَّاهِدِ الآخر.

وفي وجه: تَصِحُّ شَهَادَتُهُمَا على الأَلْفِ، وللمدعى عليه أن يَحْلِفَ مع شاهد القَضَاءِ. وذكر الفوراني وَجْهاً آخر: أنه لا يثبت بشهادتهما شَيْءٌ؛ لأنهما لم يَتَّفِقَا على ما ادَّعَاهُ. ويقرب من الخِلاَفِ قولان لابن سُرَيْجٍ، فيما إذا شَهِدَ اثْنَانِ: أن فلاناً وَكَّلَ فُلاَناً، ثم عَادَ أحدهما، وقال: إنه عَزَلَهُ بعد أن شَهِدت[1].

ففي قول: تَبْطُلُ شهادته. وفي قول: قد تَمَّتْ شَهَادَةُ الوِكَالَةِ، فَيُعْمَلُ بها، والعَزْلُ لا يثبت بواحد.

ادَّعَى شريكان فَصَاعِداً حَقّاً على إنسان، فأَنْكَرَهُ، يحلف لكل[2] واحد يَمِيناً، فإن رَضِيَ الكُلُّ بيمين وَاحِدَةٍ، فوجهان:

في أحدهما: يجوز؛ لأن الحَقَّ لهم.

وفي الثاني: لا يجوز [كما لا يجوز][3] الحكم بشاهد وَاحِدٍ، وإن رضي الخَصْمُ[4]. شهد اثْنَانِ على أن المَيِّتَ أَوْصَىٰ بِعِتْقِ غَانِمٍ، وهو ثُلُثُ مَالِهِ، فحكم الحاكم بِعِتْقِهِ، ثم رَجَعَا عن الشَّهَادَةِ، وشَهِدَ آخَرَانِ: أنه أوصى بِعِتْقِ سَالِمٍ، وهو ثلث [ماله][5]

---

(١) قال في الخادم: كذا ثبت في عدة نسخ أي من الرافعي بعد أن شهدت وصوابه قبل أن شهدت حتى يبقى وزان الصورة الأولى وإلا لم يصح الفرق بينهما وهذا واضح.

(٢) في أ: كل.

(٣) سقط في: ز.

(٤) قال النووي: الأصح: المنع.

(٥) سقط في: ز.

أيضاً، ولم يُجزِ الوَرَثَةُ إلا الثُّلُثُ. حُكِيَ في «التهذيب»: أنه يُقْرَعُ بينهما؛ فإن خَرَجَتْ للأول، رُقَّ الثَّانِي، والراجعان يُغرَمَانِ قِيمَةَ الأَوَّلِ لِلْوَرَثَةِ؛ لإقرارهما بأنهما أتْلَفَاهُ عليهم. وإن خرجت للثاني، عُتِقَ، وَرُقَّ الأَوَّلُ، ولا غُرْمَ على الرَّاجعين؛ لأنهما لم يتلفياه[1]، إذ أرققناه.

قال: وعندي يُعْتَقَ الثَّانِي بلا قُرْعَةٍ وعلى الراجعين قِيمَةُ الأَوَّلِ لِلْوَرَثَةِ؛ لأنا لو أَقْرَعْنَا فخرجت القُرْعَةُ للأول، وأرققنا[2] الثاني، لم يذهب من التَّرِكَةِ شَيْءٌ في الوصية.

شهد أَحَدُ الشاهدين: أنه وَكَّلَهُ بكذا، والآخر أنه[3] فَوَّضَهُ إليه، أو سَلَّطَهُ عليه، تَثْبُتُ الوِكَالَةُ. ولو شهد أحدهما: أنه قال: وَكَّلْتُكَ بكذا، والآخر أنه أقر بوكالته لم يثبت. ولو شهد أحدهما: أنه وَكَّلَهُ بالبيع والآخر أنه وَكَّلَهُ بالبيع، وقَبْض الثَّمَن، يثبت البَيْعُ.

ادَّعَى رَجُلٌ على رَجُلٍ: أنه اشْتَرَى منه هذا العَبْدَ، وَنَقَدَهُ الثَّمَنَ، وأَعْتَقَهُ، وأقام عليه بَيِّنَةً. وادعى آخَرُ: أنه اشْتَرَاهُ، ونَقَدَ الثَّمَنَ، وأقام عليه بينة؛ فهما مُتَعَارِضَتَانِ.

وذِكْرُ العِتْقِ لا يقتضي تَرْجِيحاً.

وفيه وجه [آخر][4]: لأن العِتْقَ كالقَبْضِ. وعن نَصِّهِ في «الأم»: أنه لو ادَّعَى دَابَّةً في يَدِ غيره، وأقام بَيِّنَةً أنها له منذ عَشرِ سنين، فنظر الحَاكِمُ في سِنِّ الدَّابَةِ، فإذا لها ثَلاثُ سنين، لم تُقْبَلْ هذه البَيِّنَةُ؛ للعلم بأنها كاذبة[5].

وإن المسنّاة الحَائِلَةَ بين نَهْرِ شَخْصٍ، وأرض آخر في يَدِهِمَا كالجِدَارِ الحَائِلِ؛ لأن الأَوَّلَ يجمع بها المَاءَ في نَهْرِهِ، والثاني يمنع بها المَاءَ عن أَرْضِهِ. ادَّعَى مِائَةَ دِرْهَم على إِنْسَانٍ فقال: قضيت خمسين [لم يكن مُقِرّاً بالمائة. وكذا لو قال: قَضَيْتُ منها خمسين][6]؛ لجواز[7] أن يَزِيدَ من المائة التي يَدَّعِيهَا، وليس على غَيْرِ الخمسين.

اختلف الزَّوْجَانِ في مَتَاعِ البيت، إن كان لأحدهما بَيِّنَةٌ قُضِيَ بها، وإن لم تكن بَيِّنَةٌ، فما اخْتَصَّ أحدهما باليد عليه حِسّاً[8]، أو حُكْماً؛ بأن كان في مِلْكِهِ، فالقول قَوْلُهُ، مع يَمِينِهِ. وما كان في يَدِهِما حِسّاً، أو كان في البَيْتِ الذي يَسْكُنَانِهِ، فَلِكُلٍّ واحد منهما تَحْلِيفُ الآخَرِ فيه، فإن حَلَفَا، جُعِلَ بينهما. وإن حَلَفَ أحدهما دون الآخَرِ،

(١) وهذا الذي نقله عن البغوي حكاه عن ابن الحداد آخر باب العتق وذكر هناك اعتراضاً لابن الصباغ وهو أنه ينبغي أن يعتق الثاني بكل حال ويقرع بينهما لمعرفة حال الأول.

(٢) في ز: وأيضاً.
(٣) في ز: بأنه.
(٤) سقط في: ز.
(٥) في ز: كإذنه.
(٦) سقط في: أ.
(٧) في أ: يجوز.
(٨) في ز: حبساً.

قُضِيَ لِلْحَالِفِ، ولا فَرْقَ بين أن يَكُونَ الاخْتِلاَفُ في دَوَام الزَّوْجِيَّةِ، أو بعد الفِرَاقِ، ولا بَيْنَ أن يختلفا هما، أو ورثتهما، أو أحدهما، وَوَرَثَةُ الآخر، ولا بين ما يصلح للزوج كالسَّيْفِ، والمِنْطَقَةِ، أو للزوجة كالحُلِيِّ، والغَزْلِ، أو لهما.

وساعدنا أبو حَنِيفَةَ فيما في يدهما [حِسّاً][1]، وقال فيما في يدهما حُكْماً: إن ما يصلح للرَّجُلِ، يُجْعَلُ في يَدِ الرجل، وما يَصْلُحُ للمرأة، يُجْعَلُ في يَدِ المرأة، وما يصلح لهما، فَيُرْوَىٰ أنه يُجْعَلُ في يدهما، ويُرْوَىٰ أنه يُجْعَلُ في يَدِ الزَّوْجِ.

هذا في حال بَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ، وبعد الفِرَاقِ يُجْعَلُ للزوج، وإذا مات أَحَدُهُمَا يُجْعَلُ لِلْحَيِّ. مَالِكُ الدار وسَاكِنُهَا بالإجارة اخْتَلَفا في مَتَاعِ الدَّارِ، القول فيه قول السَّاكِنِ، فإن تَنَازَعَا في رفّ فيها، نُظِرَ؛ إن كان مُسَمَّراً، مُثبتاً[2]. فالقول، قَوْلُ المالك؛ لأنه من أَجْزَاءِ الدَّارِ، وإن لم يكن مثبتاً، نصَّ ـ رضي الله عنه ـ أنه يُجْعَلُ بينهما، بخلاف الأَمْتِعَةِ؛ لأن مَالِكَ الدار إذا أَكْرأ الدَّار، تُنْقَلُ الأمتعة ظَاهِراً، والرَّفُّ تَارَةً يُنْقَلُ، وتَارَةً يُتْرَكُ، وكلٌّ محتمل[3].

تَنَازَعَا أَرْضاً، ولأحدهما فيها زَرْعٌ، أو بِنَاءٌ، أو غِرَاسٌ، فهي في يَدِهِ، أو دَابَّةً، أو جَارِيَةً حَامِلاً، والحَمْلُ لأحدهما بالاتِّفَاقِ، فهي في يَدِهِ، أو داراً ولأحدهما فيها مَتَاعٌ، فهي في يَدِهِ. فإن لم يكن المَتَاعُ إلا في بَيْتٍ، لم يُجْعَلْ في يَدِهِ، إلا ذلك البَيْتُ. هكذا ذكروه. ولو تَنَازَعَا عَبْداً، ولأحدهما عليه ثِيَابٌ، لا يُجْعَلُ صَاحِبَ يد في العَبْدِ؛ لأن مَنْفَعَةَ الثَّوْبِ المَلْبُوسِ تَعُودُ إلى العَبْدِ، لا إلى المُدَّعِي.

مدعيان، قال أحدهما: اسْتَأْجَرْتُ هذه الدَّارَ من زيد سَنَةً في أول رَمَضَانَ، وقال الثَّانِي: اسْتَأْجَرْتُهَا منه سَنَةً من[4] أول شوال، وأقام كُلُّ واحد منهما بَيِّنَةً. قال في «الإبانة»: فيه قولان: أظهرهما ـ وهو المذكور في «التهذيب»، وغيره: أن بَيِّنَةَ رمضان أَوْلَى؛ لأنها أَسْبَقُ تاريخاً.

والثاني: بَيِّنَةُ شوال أَوْلَى؛ لأنها نَاسِخَةٌ للأول. ويُحْتَملُ أنهما تَقَابَلاَ، واسْتَأْجَرَ الثاني في شوال، وليجيء هذا في بينتي[5] البَيْعِ على ضعفه.

قامت بَيِّنَةٌ على أن هذا ابْنُهُ، لا يعرف له وَارِثاً سواه، وبَيِّنَةُ الآخر على أن هذا ابْنُهُ، لا يعرف له وَارِثاً سواه، يَثْبُتُ نَسَبُهُمَا؛ فلعل كل واحدة اطَّلَعَتْ على ما لا تَطَّلِعُ عليه الأُخْرَى.

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: مبيناً.
(٣) في أ: يحتمل.
(٤) في أ: في.
(٥) في ز: سنن.

وفيما جُمِعَ في فَتَاوَىٰ القَفَّالِ، وغيره: أن الضَّيْعَةَ إذا كانت مَعْلُومَةً بثلاثة حُدُودٍ، جاز الاقْتِصَارُ على ذكرها، وهذا خِلاَفُ ما نَقَلْنَاهُ في «باب القَضَاءِ على الغائب» عن إطلاق ابْنِ القَاصِّ. [قال]: لكن لو ذكر الشُّهُودُ الحُدُودَ الأَرْبَعَةَ، وأَخْطَئُوا في واحد، لا تَصِحُّ شهادتهم. وترك الذِّكْرِ، خير من الخَطَإِ؛ لأنهم إذا أخطئوا لم تكن بتلك(١) الحدود ضَيْعَةٌ في يد المدعى عليه.

وإذا غَلِطَ المدعي، فقال المُدَّعَى عليه: لا يلزمني تَسْلِيمُ دار بهذه الصِّفَةِ، كان صَادِقاً، ولو حلف كان بَارّاً، وإن لم يُنْكِرْ، وقال [لا](٢) أمنعه الدار التي يَدَّعِيَها، سَقَطَ دَعْوَى المدعي، وإن ذَهَبَ إلى الدَّارِ التي في يده ليدخلها، فله أن يَمْنَعَهُ، ويقول: [هي](٣) غير ما ادَّعيت.

فأما عند الإِصَابَةِ في الحُدُودِ، إذا قال: لا أَمْنَعُكَ منها، لم يكن له المَنْعُ إذا ذهب لِيَدْخُلَهَا. فإن قال: ظَنَنْتُ أنه غَلِطَ في الحدود، لم يُقْبَلْ. وإن قال: إنما قلت: لا أَمْنَعُكَ؛ لأن الدَّارَ لم تكن في يَدِي يومئذ، ثم صَارَتْ في يدي، وملكي، قُبِلَتْ منه، وكان له المَنْعُ إذا حَلَفَ عليه.

وفيه أن دعوى العبد على سَيِّدِهِ: أنه أَذِنَ له في التِّجَارَةِ، لا تُسْمَعُ إن لم يَشْتَرِ، ولم يَبِعْ شيئاً. وإن اشترى ثَوْباً، وجاء البائع يَطْلُبُ الثَّمَنَ من كَسْبِهِ، فأنكر السَّيِّدُ الآذِنُ، فللبائع أن يُحَلِّفَهُ على نَفْيِ الإِذْنِ، فإن حلف، فَلِلْعَبْدِ أن يُحَلِّفَهُ مَرَّةً أخرى؛ ليسقط الثَّمَن عن ذِمَّتِهِ.

وإن باع العَبد عَيْناً [لِلسَّيِّدِ،](٤) وقبض الثمن، وهَلَكَ في يَدِهِ، وجاء المُشْتَرِي يَطْلُبُ تلك العَيْنَ، فقال السَّيِّدُ: لم آذَنْ له في البيع، حُلِّفَ، فإن حَلَفَ، حُكِمَ بِبُطْلاَنِ البيع، وللعبد تَحْلِيفُهُ؛ لإسقاط الثَّمَنِ عن ذِمَّتِهِ.

وإنه لو ادَّعَى أَلْفاً [على](٥) غيره، وأقام شَاهِداً، وأَرَادَ أن يَحلِفَ معه، وأقام المدعى عليه شَاهِداً بأن المُدَّعِي أَقَرَّ أنه لاَ حَقَّ له عليه، له أن يحلف مع شَاهِدِهِ، وإذا حلف، سَقَطَ دَعْوَى المدعي.

وإنه يجوز لِلْمَالِكِ أن يدعي على الغائب(٦)، وعلى الغاصب من الغَاصِبِ، فإن ادعى على الأَوَّلِ؛ أنه يلزمه رَدُّ الثَّوْبِ بِصِفَةِ كذا، أو قيمته(٧) كذا، فليس لِلْغَاصِبِ أن

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: تلك.
(٣) سقط في: أ.
(٤) سقط في: أ.
(٥) سقط في: ز.
(٦) في ز: الغاصب.
(٧) في أ: قيمة.

يحلف عل أنه لا يَلْزَمُهُ؛ لأنه إن قدر على الانتزاع، [لزمه][(١)] الانْتِزَاعُ، والرد، وإلا فعليه القِيمَةُ.

وإنهم لو شَهِدُوا على أن هَذِهِ الدَّارَ اشْتَرَاهَا المدعي من فلان، وهو يَمْلِكُهَا، ولم يقولوا: إنها الآن مِلْكُ المدعي، ففي قَبُولِ هذه الشَّهَادَةِ قَوْلاَنِ؛ كما لو شهدوا: أنها كانت مِلْكَهُ بالأَمْسِ، والمفهوم من كلام الأكثرين أنها مَقْبُولَةٌ كَافِيَةٌ.

وأنه إذا ادَّعَىٰ على إنسان حَقَّ القِصَاصِ لِقَتْلِ نَسَبَهُ إليه، وكان عند الحاكم أن لا قِصَاصَ بذلك، فجاء رَجُلٌ، ورَوى خَبَراً عن رسول الله ﷺ: أنه يوجب القِصَاصَ، فاقتص الحَاكِمُ منه، ثم رجع الرَّاوِي وقال: كذبتُ، وتَعَمَّدْتُ، لم يجِبِ القِصَاصُ عليه، بخلاف الشَّهَادَةِ؛ لأن الرِّوَايَةَ لا تَخْتَصُّ بالواقعة.

وأنه إذا غُصِبَ المَرهُونُ من المُرْتَهِنِ، كان لكل واحد من الرَّاهِنِ والمُرْتَهِنِ أن يَدَّعِيَهُ على الغَاصِبِ، والراهن يقول في دَعْوَاهُ: إن لي ثَوْباً كنت رَهَنْتُهُ من فلان، وإنه غُصِبَ منه، ويَلْزَمُهُ الرَّدُّ إِلَيَّ. ولو اقتصر على قوله: إن لي عنده ثَوْباً صِفَتُهُ كذا، ويَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ إِلَيَّ، جاز. ولا بُعْدَ في أن يقول: ويَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ إِلَيَّ. فإن يَدَ المُرْتَهِنِ يَدُ الرَّاهِنِ، ولهذا لو نَازَعَهُ مُنَازِعٌ في المَرْهُونِ، كان القَوْلُ قَوْلَ الراهن. وإن كان المَرْهُونُ في يد المُرْتَهِنِ؛ لأن يَدَهُ يَدُهُ.

وإن الغريب الذي دَخَلَ البلد لا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ على أنه حُرُّ الأَصْلِ، إنما تَجُوزُ الشَّهَادَةُ على أن فلاناً حُرُّ الأصل، إذا عُرِفَ حَالُ أبيه وأمه، وعرف النِّكَاحُ، وحُدُوثُهُ بينهما. وتَجُوزُ الشَّهَادَةُ وإن لم يشاهد الوِلاَدَةَ، كما تجوز الشَّهَادَةُ على أنه ابْنُ فُلاَنٍ.

وأنه إذا ادَّعَىٰ دَاراً في يدي رجل، وأقام بَيِّنَةً؛ أنه اشْتَرَاهَا منه، وأقام صَاحِبُ اليد بَيِّنَةً أنه وَهَبَهَا منه، ولم تَتَعَرَّضِ البَيِّنَتَانِ لِتَأْرِيخٍ، فَيَتَعَارَضَانِ. ولهذا الاختلاف أَثَرٌ عند ظُهُورِ الاسْتِحْقَاقِ، وإذا وجدَ عَيْباً، وأراد رَدَّهُ، واسْتِرْدَادَ الثمن

وأنه إذا ادعى دَاراً في يَدِ إنسان، وأقام بَيِّنَةً؛ أنها مِلْكُهُ، فادعاها آخر[(٢)]، وأقام بَيِّنَةً على أنه اشْتَرَاهَا من فلان؛ رجل آخر يوم كذا، ولم يَقُولُوا: إنه كان يَمْلِكُهَا يومئذ، ولكن أَقَامَ بَيِّنَةً أخرى؛ أنه كان يَمْلِكُهَا. يومئذ سُمِعَتْ هاتان البَيِّنَتَانِ، وصارتا كَبَيِّنَةٍ واحدة، فيحصل التَّعَارُضُ بينها وبين بَيِّنَةِ المُدَّعِي الأول.

وأنه إذا ادعى دَاراً، وأقام بَيِّنَةً [على][(٣)] أنها مِلْكُهُ، وانْتَزَعَهَا من يدي المدعى

(١) في أ: والرد فعليه.
(٢) في ز: وجاء آخر يدعيها.
(٣) سقط في: أ.

عليه، وجاء آخَر بعد مُدَّةٍ طويلة، أو يَسِيرَةٍ [و][١] يدعيها، وأقام بَيِّنَةً على أنه اشتراها من المُدَّعَى عليه، الذي كانت الدَّارُ في يده، وكان يَمْلِكُهَا يومئذ، يُقْضَى بالدار للمدعي، وكان كما لو أَقَامَ صاحب اليد البَيِّنَةَ قبل الانْتِزَاعِ منه.

وأنه إذا ادَّعَى اثْنَانِ دَاراً في يد ثَالِثٍ، وأقام أحدهما بَيِّنَةً أنها مِلْكُهُ، ثم أقام الثاني بَيِّنَةً على أنه اشْتَرَاهَا من المُدَّعِي الأول؛ فإن قامت بَيِّنَةُ الثاني بعد القَضَاء للمدعي الأوَّل بِبَيِّنَةٍ، فيُقْضَى[٢] للثاني على الأَوَّلِ، ولا نشترط أن يقول شُهُودُهُ: اشْتَرَاهَا من الأول، وهي مِلْكُهُ، فإن قامت قبل القَضَاءِ للأول، فإن قالوا: اشْتَرَاهَا منه وهو يَمْلِكُهَا، انْتُزِعَتِ الدَّارُ من صاحب اليَدِ، وقُضِيَ بِهَا للثَّاني [وإن لم يَتَعَرَّضُوا لِلْمِلْكِ، فلا يُقْضَىٰ بها للثاني][٣] ما لم يُقْضَ للأول بالمِلْكِ ولكن تُسْمَعُ بَيِّنَةُ الثاني على الأَوَّلِ. وإن لم يُقْضَ له بعدُ.

وهذه المَسْأَلَةُ قد حَكَيْنَاهَا من قَبْلُ، وهذا التَّفْصِيلُ كالشرح، والإيضاح [لما مرَّ][٤]. وأنه لو كانت في يد رَجُلٍ دَارٌ، فَادَّعَىٰ إِنْسانٌ أنه اشْتَرَاهَا من ثالث بعدما اشْتَرَاهَا الثالث من صاحب اليَدِ، وأنكر صَاحِبُ اليد، فله أن يُقِيمَ بَيِّنَةً على البَيْعَيْنِ، وله أن يُقِيمَ على هذا بَيِّنَةً، وعلى هذا بَيِّنَةً، ولا بَأْسَ بما يَتَّفِقُ من التقديم، والتأخير.

وأنه إذا أَرَادَ الشُّهُودُ إِقَامَةَ الشهادة على شراء دَارٍ قد تَبَدَّلَتْ حُدُودُهَا في يوم الشراء، فَيَشْهَدُونَ: أنه اشترى دَاراً منذ عشر سنوات[٥] مثلاً من فُلاَنٍ، وهو يَمْلِكُهَا، وكان يومئذ ينتهي أحد حُدُودِهَا إلى كذا، والثاني إلى كذا، ثم على المُدَّعِي أن يقيم بَيِّنَةً على كيفية تَبَدُّلِ تلك الحُدُودِ، فيشهد الشهود؛ بأن الدَّارَ التي كانت في يد فلان قد انْتَقَلَتْ إلى فُلاَنٍ، والتي كانت في يَدِ فلان [قد] انْتَقَلَتْ إلى فلان، حتى يُقْضَىٰ له.

وأنه إذا ادَّعَى دَاراً في يَدِ غيره، وأقام بَيِّنَةً على أنها مِلْكُهُ، وقال القاضي: عُرِفَتْ هذه الدَّارُ مِلْكاً لفلان، وقد مات، وانْتَقَلَ إلى [فلانٍ][٦] وارثه فأقيم[٧] بينة على تَمَلُّكِهِ [فيه][٨] فله ذلك، وتَنْدَفِعُ بَيِّنَتُهُ. وليكن هذا جَوَاباً على أنه يُقْضَىٰ بعلمه.

وأنه لو ادَّعَى دَاراً في يد غيره، فقال المُدَّعَى عليه: ليست الدَّارُ في يدي، ولا أَحُولُ بَيْنَكَ وبينها. فقد أَسْقَطَ الدَّعْوَى عن نفسه، فيذهب المُدَّعِي إلى الدار. فإن لم يَدْفَعهُ أحد، فذاك، وإن دَفَعَهُ ادعى على الدَّافع، فإن قال المدعي: إنه يَكْذِبُ في قوله:

(١) سقط في: ز.
(٢) في أ: فقضى.
(٣) سقط في: أ.
(٤) سقط في: ز.
(٥) في ز: سنين.
(٦) سقط في: ز.
(٧) سقط في: ز.
(٨) في ز: وأقيم.

إن الدَّارَ ليست في يدي، وإني غير حَائِلٍ، لم يُلْتَفَتْ إليه.

وأنه لو بَاعَ دَاراً، ثم قَامَتْ بَيِّنَةُ[١] الحسبة، أن أبا البائع قد وَقَفَهَا، وهو يَمْلِكُهَا على ابنه البَائِعِ، وبعده على أَوْلاَدِهِ، ثم على المسَاكِين، انْتُزِعَتِ الدار من المشتري[٢]، ويُرْجَعُ بالثمن على البائع.

والغَلَّةُ الحاصلة في حَيَاةِ البائع تُصْرَفُ إلى البائع إن كَذَّبَ نَفْسَهُ، وصدق الشهود. وإن أَصَرَّ على الإنكار[٣]، الوَقْف لم يُصْرَفْ إليه، بل يُوقَفُ، فإذا مات صُرِفَ إلى أَقْرَبِ الناس إلى الوَاقِفِ. ولو ادعى البَائِعُ: أنه وقف، لم تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ.

والتقييد[٤] بالبينة يُشعِرُ بأنه تُسْمَعُ دَعْوَاهُ، وله أن يُحَلِّفَ الخَصْمَ[٥]. وذكر العراقيون: أنه تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ أيضاً، إذا لم يُصَرِّح بأنه ملكه، بل اقْتَصَرَ على البيع.

وفي «التجربة» للروياني: أنه لو بَاعَ شَيْئاً، ثم قال: بعته، وأنا لا أَمْلِكُهُ، ثم ملكته بالإرث[٦] من فلان. فإن قال حين باع: أنه ملكه [أي قال: إنه ملكي][٧] لم تسمع دعواه، ولا بَيِّنَتُهُ. وإن لم يقل[٨] ذلك، بل اقْتَصَرَ على قوله: بِعْتُكَ، سُمِعَتْ دعواه.

وإن لم تكن بَيِّنَتُهُ، حلف المُشْتَرِي: أنه باعه وهو يَمْلِكُهُ، قال: وقد نص - رضي الله عنه - في «الأم»، وغَلَّطَ من قال غيره، وكذا لو ادعى: أن المَبِيعَ وقف عليه.

سُئِلَ القاضي الحسين عن كَيْفِيَّةِ الشهادة على التَّحدِيدِ، فقال بالفَارِسِيَّةِ: (نهفته دانم ادرا بگرمارت وقصها ونظارة ويناز أو يرون)[٩] إلا عند الحاجة والضَّرُورَةِ.

وفي «فتاويه»: أنه لو ادَّعَى عليه عشرة، فقال: لا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُ هذا المَالِ اليوم، لا يُجْعَلْ مُقِرّاً به؛ لأن الأَقَارِيرَ لا تَثْبُتُ بالمفهوم. وإن بَيِّنَتَي المِلْكِ والوَقْفِ تَتَعَارَضَانِ كبينتي الملك.

---

(١) في ز: ببينة.

(٢) ما ذكره من انتزاع الدار بمجرد قيام البينة بالوقف على ما ذكره من غير تعرض لقبوله الوقف أو قبول الأب عنه لصغره لعله مفرع على أن الوقف على معين لا يشترط فيه القبول لكن الأصح اشتراطه، وحينئذ ففي الحكم المذكور نظر إذ لا يلزم الوقف بمجرد قول الأب ما لم يثبت قول الابن أو القبول له من أبيه كما لو قامت بينة بأنه أوجب بيعها لزيد ولم يتعرض لقبول زيد الشراء.

(٣) في أ: إنكار. (٤) في ز: والقيد.

(٥) ما ذكره في الإشعار أفتى به القاضي أبو بكر الشاشي في فتاويه، وهذا النص نقله الروياني في البحر في آخر كتاب الغصب عن حكاية القاضي أبي الطيب.

(٦) في ز: فالإرث. (٧) سقط في: ز.

(٨) في ز: يقبل.

(٩) جملة بالفارسية ومعناها (اعرافها) بالحمام وسرا وحكاياتها داراؤها واحتياجاتها بالخارج.

وأنه إذا ماتت امْرَأةٌ، وخلفت زَوْجاً [وأخاً][١]، وأختاً، فَادَّعى الزوج: أن التَّرِكَةَ كُلَّهَا له، يُجْعَلُ المَالُ نِصْفَيْنِ: أحدهما: للزوج بحكم اليد، والثاني: للميتة، إلا أن النِّصْفَ الذي يُجْعَلُ في يد الزَّوْجِ، إنما يُجْعَلُ بعد اليمين لاحتمال أنها لو كانت حَيَّةً، لادعت الكُلَّ، وحَلَفَ الزَّوْجُ.

فإن كان الأخ غَائِباً، والأُخْتُ حَاضِرَةً، يحلف في حَقِّ الأخت، فإذا رجع الأَخُ، حلف أيضاً، فإن أَقَامَتِ الأخت بَيِّنَةً على أن الكُلَّ لها، ولأخيها، سُمِعَتْ بينتها، وثَبَتَ حَقُّ الأخ.

وإن من حبسه القاضي لم يَجُزْ إطْلاَقُهُ إلا بِرِضَاءِ خَصْمِهِ، أو ثبوت إِعْدَامِهِ وإذا ثبت، أَطْلَقَهُ وإن لم يَرْضَ الخَصْمُ، وإن أطلقه بِرِضَا الخَصْم، فأراد إقامة البَيِّنَةِ على إِعْدَامِهِ، لم تُسْمَعْ؛ لأنه لا حَبْسَ عليه، والحالة هذه، بخلاف ما إذا كان الحَبْسُ مستحقاً عليه.

وإن حَقُّ إِجْرَاءِ المَاءِ في أَرْضِ الغير، أو على سَطْحِهِ، أو طَرْحِ الثَّلْجِ في ملكه، تَجُوزُ الشهادة عليه، إذا رآه مُدَّةً مَدِيدَةً من غير مَانِعٍ[٢]، ولا يكفي أن يقول الشهود: رَأَيْنَا ذلك سِنِين وإن[٣] كان ذلك [مستند شهادتهم][٤].

سُئِلَ الشيخ أبو إِسْحَاقَ الشّيرازِيُّ عن رجلين تَنَازَعَا في حِصَّةٍ، ادعى أحدهما: أنها مِلْكٌ له، وأقام بَيِّنَةً عليه، وادعى الآخر[٥] أنها وَقْفٌ [عليه][٦] ولم يقيم [عليه][٧] بينة، فحكم الحاكم لمدعي المِلْكِ، ثم تَنَازَعَ فيها مُدَّعِي المِلْكِ، وآخر يدعي وَقْفَهَا، فأقام مُدَّعِي المِلْكِ البَيِّنَةَ على حُكْمِ الحاكم له [بالملك فيها][٨].

وأقام مُدَّعِي الوَقْفِ البَيِّنَةَ على الوَقْفِيَّةِ، فَرَجَّحَ الحَاكِمُ بَيِّنَةَ المِلْكِ، ذَهَاباً إلى أن المِلْك الذي حكم به، يَتَقَدَّمُ على الوَقْفِ الذي لم يحكم به، ثم تَنَازَعَ مُدَّعي المِلْك فيها مع آخر؛ يدعي وَقْفَهَا، وأقام مُدَّعِي الملك البَيِّنَةَ على حُكْم الحاكم له بالمِلْكِ، وتقديم جَانِبِهِ، وأقام الآخَرُ البَيِّنَةَ على أن الوَقْفَ الذي يَدَّعِيهِ، قَدْ قُضِيَ بِصِحَّتِهِ قَبْلَ الحُكْمِ

---

(١) سقط في: أ.

(٢) ما أطلقه من جواز الشهادة به محله إذا لم يطلقوا بأن شهدوا بأن له حق مسيل ماء في دار جاره سواء قالوا ماء المطر فقط أو قالوا ماءً دائماً كالوضوء والغسل، فأما إذا شهدوا بأن له مسيل ماء ولم يضيفوا إلى شيء مما ذكرنا فالقول قول صاحب الدار مع يمينه كذا قاله القاضي شريح في روضة الحكام.

(٣) في ز: وإذا.

(٤) سقط في: ز.

(٥) في أ: آخر.

(٦) سقط في: ز.

(٧) سقط في: أ.

(٨) سقط في: أ.

بالمِلْكِ، وترجيحه على الوَقْفِ، هل يرتد حُكْمُ الحاكم بذلك؟ فقال: نعم، يُقَدَّمُ الحُكْمُ بالوَقْفِ على الحكم بالمِلْكِ[(١)]، [ويُنْقَضُ الحكم بالوَقْفِ للحكم بالملك][(٢)].

وسُئِلَ عمن اشْتَرَى ضَيْعَةً، وبَقِيَتْ في يده مُدَّةً، فخرجت الضَّيْعَةُ وَقْفاً، وانْتُزِعَتْ، هل عليه أُجْرَةُ المِثْلِ للمدة التي كانت في يده؟ فقال: نعم.

وسُئِلَ عن رجل وَقَفَ مِلْكاً، وأَقَرَّ أن حاكِماً حكم بِصِحَّتِهِ، ولم يُسَمِّ الحاكم، ولا عينه، ثم رجع عنه، ورَفَعَ الأَمْرَ إلى حَاكِمٍ يرى جَوَازَ الرُّجُوعِ. هل له الحكم بِنُفُوذِ الرُّجُوعِ؟ فقال: لا.

وفي فَتَاوَى صاحب الكتاب: أنه إذا ادَّعَى دَاراً في يَدِ غَيْرِهِ؛ فقال المدعى عليه: اشْتَرَيْتُهَا من زيد، فَأَقَامَ المُدَّعِي بَيِّنَةً على إِقْرَارِ زيد له بالدار قبل البَيعِ، وأقام المُدَّعَى عليه بَيِّنَةً على إِقْرَارِ المدعي لزيد بها قبل البَيْعِ، وجُهِلَ التَّارِيخُ قررت الدَّارُ في يد المُدَّعَى عليه. وأنه إذا خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتحقاً، فادعى المُشْتَرِي على البَائِعِ، وقال: سلمته إليه في مجلس العَقْدِ، فأنكر، وأراد إِقَامَةَ البَيِّنَةِ بأنه لم يقبض منه شَيْئاً في مَجْلِسِ العَقْدِ، لم تُسْمَعْ هذه البَيِّنَةُ؛ لأنها على النَّفْيِ، وإنما تُسْمَعُ البَيِّنَةُ على النَّفْيِ في مواضع الحَاجَةِ؛ كالإِعْسَارِ، وقد يقع التَّسْلِيمُ على غَفْلَةٍ منه في لَحْظَةٍ يَسِيرَةٍ.

وأنه إذا ادعت المَرْأَةُ أنه نَكَحَهَا، ثم طَلَّقَهَا، وطلبت شَطْرَ الصَّدَاقِ، أو أنها زَوْجَةُ فلان المَيِّتِ [وطلبت المِيرَاثَ][(٣)] فَمَقْصُودُهَا المال؛ فَيَثْبُتُ بشاهد ويمين، وبِشَاهِدٍ وامرأتين. في فَتَاوَى الشيخ الحُسَيْنِ الفَرَّاءِ: أنه إذا ادَّعَى رَجُلٌ نِكَاحَ امرأة، فأقرت[(٤)] بأنها زَوْجَتُهُ منذ سَنَةٍ، ثم جاء آخر، وأقام بَيِّنَةً: أنها زَوْجَتُهُ؛ نَكَحَهَا منذ شهر. يُحْكَمُ لِلْمُقِرِّ له؛ لأنه قد يَثْبُتُ بإقرارها النِّكَاحُ للأول.

فما لم يثبت الطَّلاَقُ لا حُكْمَ للنكاح الثاني، وأنه إذا تَحَاكَمَ رجلٍ وامرأة بِكْرٌ إلى فَقِيهِ لِيُزَوِّجَهَا منه، وجَوَّزْنَا التَّحْكِيمَ فيه، فقال المُحَكَّمُ: حكمتني[(٥)] لِأُزَوِّجَكَ من هذا؟ فَسَكَتَتْ، كان سُكُوتُهَا إِذْناً. كما لو اسْتَأْذَنَهَا الوَلِيُّ فَسَكَتَتْ.

---

(١) قال في الخادم: وكذا أجاب القاضي الحسين في فتاويه فقال: وكذلك بعدما قضى القاضي بالوقف جاء آخر وادعى أنها ملكي، وأقام البينة، فحكم القاضي بالوقف مقام وهذا جواب منهما على الترجيح بحكم الحاكم وقد حكى الماوردي عن ابن سريج في الترجيح بذلك وجهين، وكلام الرافعي وغيره في الكلام على من أزيلت يده إذا أقام بينة أنه لا يقتضي الترجيح، وزعم في المهمات أن هذه المسألة تخالف ما سبق من أن بينتي الملك الوقف يتعارضان وليس كذلك وإنما هو ترجيح بالحكم المتقدم إلى آخر ما ذكره.

(٢) سقط في: أ.

(٣) سقط في: أ.

(٤) في أ: فاقر.

(٥) سقط في: أ.

وأنه إذا حَضَرَ عند القَاضِي رَجُلٌ وامْرَأَةٌ، واسْتَدْعَتْ تَزْوِيجَهَا من الرجل، وذكرت: أنها زَوْجَةُ فلان، وطَلَّقَهَا، أو مات عنها، فلا يُزَوِّجُهَا القاضي ما لم تُقِمْ حُجَّةً على الطَّلاَقِ، أو الموت؛ لأنها أَقَرَّتْ بالنكاح لفلان.

وعن ابن القَاصِّ: أن من أَنْكَرَ الحَلِفَ بالطَّلقات الثَّلاَث، يحلف أنه ما قَالَ لها: إن دَخَلْتِ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ ثلاثاً. ولا هي بَائِنٌ منه بثلاث.

[وعن الشيخ أبي زَيْدٍ: أنه يكفيه الاقْتِصَارُ على أنها لم تَبِنْ بثلاث]. ووجه الأول؛ بأنه قد يَحْلِفُ متأوّلاً على قول حَجَّاجِ بن أَرْطَأَةَ، ومن تَابَعَهُ ـ رحمهم الله ـ: أن الطلقات الثلاث لا تَقَعُ مَجْمُوعَةً، أو على قول من يُصَحِّحُ اليَمِينَ الدائرة. فتسدد عليه ليعرض للحادثة. ويجوز أن يُقَالَ: يُنْظَرُ إلى جَوَابِهِ إذا ادعت الطَّلاَقَ؛ فإن قال: لم تَبِنْ مني، كَفَاهُ اليَمِينُ عليه. وإن قال: لم أَحْلِفْ بِطَلاَقِهَا، حلف عليه.

حكى القاضي أبو سَعْدٍ عن العبادي: أن من ادّعى عليه وديعة فقال: لا يَلْزَمُنِي دَفْعُ شَيْءٍ إليه، لم يكن هذا جَوَاباً؛ لأن المُودِعَ لا يلزمه الدَّفْعُ، وإنما عليه التَّخْلِيَةُ.

والجواب الصَّحِيحُ؛ أن ينكر أَصْلَ الإِيدَاعِ، أو يقول: هَلَكَتْ في يدي، أو رَدَدْتُهَا. وهذا يُخَالِفُ ظاهر كَلاَمِ الأئمة ـ رحمهم الله ـ؛ أَلاَ تَرَى أنا نقول: فيمن جَحَدَ الوَدِيعَةَ، فقامت بَيِّنَةٌ على الإِيدَاعِ، فادعى تَلَفاً، أو رَدّاً قبل الحجود، يُنْظَرُ؟ إن كانت صِيغَةُ جُحُودِهِ، إِنْكَارَ أَصْلِ الوَدِيعَةِ، فالحكم كذا، وإن كانت صِيغَةُ جُحُودِهِ: لا يلزمني تَسْلِيمُ شَيْءٍ إليك، فالحكم كذا؟

فأما أن يُقَدَّرَ خلاف، أو يؤَوَّلُ ما أَطْلَقُوهُ[1] وأنه لو أقام بَيِّنَةً أنه أَجِيرُ فلان لِحِفْظِ سَفِينَتِهِ هذه بعشرة دَرَاهِمَ، وأقام صاحب السَّفِينَةِ بَيِّنَةً: أنه أَجَّرَهَا إياها[2] بعشرة دَرَاهِمَ، فالبَيِّنَتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ.

وعن أبي حَنِيفَةَ أن بَيِّنَةَ الأَجِيرِ أَوْلَى أنه لو[3] شهد شَاهِدَان بأن الكَلْبَ وَلَغَ في هذا الإِنَاءِ، ولم يَلَغْ في هذا [الإناء][4] وآخران على ضد ذلك، تَتَعَارَضُ البَيِّنَتَانِ، ولو لم يقولوا: لم يَلَغْ في هذا، فالإِنَاءَانِ نَجِسَانِ. وهذه شَهَادَةٌ على إثبات، ونفي. ويمكن

---

(١) قال النووي في زياداته: الذي قاله ابن القاص صحيح، وتأويل كلامهم متعين، وهو أنهم أرادوا إذا جرى منه هذا اللفظ، فحكمه كذا، لأن القاضي يقنع منه بهذا الجواب مع طلب الخصم الجواب. والله أعلم وتعقب بأنه سبق قلم وصوابه العبادي، وقال ابن الزنجاني في مختصر شرح الوجيز: ما ذكره العبادي ظاهر لا سيما إذا كان المودع فقيهاً.

(٢) في ز: منه. (٣) في ز: أنه لو.

(٤) سقط في: ز.

أن يُصَوِّرَ التَّعَارُضُ من غير التَّعَارُضِ. للنفي؛ بأن عَيَّنَا وَقْتاً لا يمكن فيه إلا وُلُوغُ وَاحِدٍ[(١)]. وإنه لو شهد شَاهِدَانِ بِالقَتْلِ على رَجُلٍ في وَقْتٍ مُعَيَّنٍ، وآخران بأنه لم يَقْتُلْ في ذلك الوَقْتِ؛ لأنه كان مَعَنَا، ولم يَغِبْ عنا تَتَعَارَضُ البَيِّنَتَانِ. وقد سبق من نَظَائِرِ هذا ما يُخَالِفُهُ[(٢)]. وإن من أَرَادَ أن يَدَّعِي ويُقِيمَ البَيِّنَةَ من غَيْرِ أن يَعْتَرِفَ للمدعى عليه باليد، فطريقه[(٣)] أن يقول: المَوْضِعُ الفُلاَنِيُّ مِلْكِي، وهذا يَمْنَعُنِي منه تَعَدِّياً، فَمُرْهُ يُمَكِّنِّي منه.

بَابُ دَعْوَى ٱلنَّسَبِ وَإِلْحَاقِ القَائِفِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَهُ أَرْكَانٌ: (الأَوَّلُ: المُسْتَلْحَقُ) وَيَصِحُّ اسْتِلْحَاقُ الحُرِّ وَالعَبْدِ وَالمُعْتَقِ، وَفِي العَبْدِ وَالمُعْتَقِ وَجْهٌ أَنَّهُ لاَ يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لِمَا فِيهِ مِنْ قَطْعِ الوَلاَءِ، وَيَصِحُّ اسْتِلْحَاقُ المَرْأَةِ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَفِيهِ وَجْهٌ ثَالِثٌ أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ إِلاَّ إِذَا كَانَتْ خَلِيَّةً مِنَ الزَّوْجِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مُعْظَمُ مَقْصُودِ الباب، الكلام في القَائِفِ، وشرطه. فأما الاسْتِلْحَاقُ، وما يُعْتَبَرُ فيه في المُسْتَلْحِقِ، [والمُسْتَلْحَقِ][(٤)] فالقول فيها، قد مَرَّ بَعْضُهُ في كتاب اللَّقِيطِ، وأكثره في باب الإِقْرَارِ بالنَّسَبِ.

وصَدَّرَ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ الكَلاَمَ في القِيَافَةِ بما رُوِيَ عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: دَخَلَ عَلَيَّ رسول الله ﷺ أعرف السُّرُورَ في وَجْهِهِ. فقال: «أَلَمْ تَرَيْ [أَنَّ][(٥)] مُجَزِّزاً المُدْلِجِيَّ نَظَرَ إِلَى أُسَامَةَ وَزَيْدٍ عَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ قَدْ غَطَّيَا رُؤوسَهُمَا وبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ»[(٦)].

---

(١) قال النووي: هذه المسألة ذكرتها في كتاب الطهارة مستوفاة مختصرة، وفي هذا الذي ذكره العبادي فيها من إثبات التعارض تصريح بقبول شهادة النفي في المحصور كما سبق قريباً.

(٢) قال النووي: يعني أن البينة الثانية شهدت بالنفي، وقد سبق أن شهادة النفي لا تقبل إلا في مواضع الضرورة، كالإعسار، هذا مراد الرافعي هنا، وقد تقدم في الفصل السابق عن فتاوى الغزالي ما يوافقه، ولكنه ضعيف مردود، بل الصواب أن النفي إذا كان في محصور يحصل العلم به، قبلت الشهادة به، وقد سبق ذكري لهذه المسألة في الشهادات.

(٣) في ز: بطريقة.

(٤) سقط في: أ.

(٥) سقط في: أ.

(٦) متفق عليه البخاري [٣٥٥٥ ـ ٣٧٣١ ـ ٦٧٧٠ ـ ٦٧٧١ مسلم ١٤٥٩] قال الرافعي: كان المشركون يطعنون في نسب أسامة لأنه كان طويلاً أقنى الأنف أسود، وكان زيد قصيراً أخنس الأنف بين السواد والبياض، وقصدوا بالطعن مغايظة رسول الله ﷺ، لأنهما كانا حبه، فلما قال المدلجي ذلك، ولا يرى إلا أقدامهما سره ذلك، انتهى فأما ألوانهما، فقال أبو داود: كان زيد=

ثم احتج بعض الرواة[1] فقال: لو لم تَكُنِ القِيَافَةُ عِلْماً، لم يكن لها اعْتِبَارٌ، ولا عليها اعْتِمَاد، لمنعه من المُجَازَفَةِ. وقال له: لا تَقُلْ مِثْلَ هذا؛ فإنك إن أَصَبْتَ في شيء، أَخْطَأْتَ في غيره، وكان في خِطَابِكَ قَذْفُ مُحْصَنَةٍ، وَنَفْيُ نَسَبٍ.

والنبي ﷺ لا يُقِرُّ إلا على الحَقِّ، ولا يُسَرُّ إلا بالحَقِّ.

قال الأَئِمَّةُ - رحمهم الله -: وسَبَبُ سُرُورِهِ بما قال مجزز؛ أن المشركين كانوا يَطْعَنُونَ في نَسَبِ أُسَامَةَ؛ لأنه كان طَوِيلاً، أَقْنَى الأَنْفِ، أَسْوَدَ، وكان زيد قَصِيراً، أَخْنَسَ الأَنْفِ، بين السَّوَادِ والبياض، وقصد بعض المُنَافِقِينَ بالطَّعْنِ، مغايظة[2] رسول الله ﷺ، لأنهما كانا حِبَّيْهِ. فلمّا قَالَ المُدْلَجِيُّ ذلك، وهو لا يَرَى إلاَ أَقْدَامَهُمَا، سُرَّ به.

ورُوِيَ أن عمر - رَضِيَ الله عنه - دعا قَائِفاً في رَجُلَيْنِ، ادعيا مَوْلُوداً[3]، [وشَكَّ أَنَسُ بْنُ مالك - رضي الله عنه - [في ابن له][4]، فدُعِيَ له القَائِفُ[5]. وساعدنا مالك، وأحمد - رحمهم الله - فيما رَوَىٰ الشيخ أبو حَامِدٍ وغيره على اعْتِبَارِ قول القَائِفِ.

وقال أبو حَنِيفَةَ: لا اعْتِبَارَ به، ومما يُتَعَجَّبُ منه في شَأْنِ القِيَافَةِ، ما حكى الصَّيْدَلاَنِيُّ وغيره عن القَفَّالِ عن الشيخ أبي زَيْدٍ عن أبي إِسْحَاقَ قال: كان لي جَارٌ بـ«بغداد»، له مَالٌ ويَسَارٌ، وكان له ابن يَضْرِبُ إلى السَّوَادِ، ولون الرجل لا يُشْبِهُهُ، فكان يُعَرِّضُ بأنه لَيْسَ منه. قال: فَأَتَاني، وقال: عَزَمْتُ على الحَجِّ، وأكثر قَصْدِي أن أَسْتَصْحِبَ ابني، وأُرِيَهُ [بعض][6] القَافَةِ، فَنَهَيْتُهُ، وقلت: لَعَلَّ القَائِفَ يقول بَعْضَ مَا تَكْرَهُ، وليس لك ابْنٌ غيره. فلم يَنْتِهِ، وخرج. فلما رجع قال لي: اسْتَحْضَرْتُ مدلجياً، وأَمَرْتُ بِعَرْضِهِ عليه في عدة[7] رجال، كان فيهم الذي يُرمى[8] بأنه منه، وكان معنا في الرُّفْقَةِ، وغِبْتُ عن المَجْلِسِ، فنظر القَائِفُ فيهم، فلم يُلْحِقْهُ بأحدهم، فَأُخْبِرْتُ بذلك،

= أبيض، وكان أسامة أسود، ونقل عبد الحق عن أبي داود أنه قال: كان زيد شديد البياض، وقال إبراهيم بن سعد كان زيد أشقر، وكان أسامة أسود كالليل، وأما كونهما كانا حبه، ففي صحيح مسلم [٢٤٢٦] من حديث ابن عمر في بعث أسامة وأنه ﷺ قال في خطبته: وإن كان أبوه لمن أحب الناس إلي، وإن هذا لمن أحب الناس إلي بعده، ونقل عياض: أن زيداً كان أزهر اللون، وكان ابنه أسامة أسود. قاله الحافظ في التلخيص.

(١) في ز: بعد الرواية. (٢) في ز: مغايطة.

(٣) أخرجه الشافعي والبيهقي [١٠/ ٢٦٣] بسند صحيح إلى عروة: أن عمر دعا قائفاً، فذكره، وعروة عن عمر منقطع. قاله الحافظ في التلخيص.

(٤) سقط في: أ.

(٥) أخرجه الشافعي وابن أبي شيبة رواه البيهقي [١٠/ ٢٦٤/ ٢٦٥] رواية حميد عن أنس به.

(٦) سقط في: أ. (٧) في أ: عشرة.

(٨) في أ: يدعي.

وقيل لي: احْضِرْ، فلعله يُلْحِقُهُ بك، فأقبلت على نَاقَةٍ يَقُودُهَا عَبْدٌ لنا أَسْوَدُ كبير، فلما وقع بَصَرُهُ علينا قال: اللَّهُ أكبر، ذاك الرَّاكِبُ، أبو الغُلاَمِ. والقائد الأَسْوَدُ أبو الرَّاكِبِ، فَغُشِيَ عَلَيَّ من صُعُوبَةِ ما سَمِعْتُ، ولما رجعت، أَلْحَحْتُ على والدتي لِتُخْبِرَنِي، فأخبرتني: أن أبي طَلَّقَهَا ثلاثاً، ثم نَدِمَ. فأمر هذا العَبْدَ بنكاحها؛ للتحليل، ففعل، فَعَلِقَتْ منه، وكان ذَا مَالٍ كَثِيرٍ، قد بلغ الكبر[١]، وليس له وَلَدٌ فاستلحقك، ونكحني ثانية.

وقوله في الكتاب: «وله ثلاثة أركان»؛ أي الباب بترجمته، ولا يحسن رَدُّ الكتابة إلى إِلْحَاقِ القَائِفِ؛ لأنه جعل أَحَدَ الأركان المستلحق، والاسْتِلْحَاق.

ولا يُشْتَرَطُ في إِلْحَاقِ القَائِفِ، بل الولد قد يُعْرَضُ على القَائِفِ، ويلحقه القَائِفُ من غير اسْتِلْحَاقٍ، على ما سَيأْتِي.

والاسْتِلْحَاقُ لا يحوج إلى إِلْحَاقِ القَائِفِ في الأَغْلَبِ.

وهل يُعْتَبَرُ في المستلحق الحرية؟ فيه خلاف قد ذكرناه في باب اللَّقِيطِ. والأصح، أنه لا يُعْتَبَرُ، بل يَصِحُّ اسْتِلْحَاقِ العَبْدِ كاسْتِلْحَاقِ الحُرِّ. ويجري الخِلاَفُ في المعتق[٢] بالترتيب. وكيف الترتيب؟ ذكرنا في [باب][٣] اللَّقِيطِ أن المُعْتَقَ أَوْلَى. بأن يَصِحَّ اسْتِلْحَاقُهُ؛ لأنه قَادِرٌ على النكاح والتَّسَرِّي اسْتِقْلاَلاً.

ومنهم من عَكَسَ، وقال: اسْتِلْحَاقُهُ أَوْلَى بالمنع؛ لأن الوَلاَءَ حَاصِلٌ عليه في الحال، وهو بالاسْتِلْحَاقِ يقطعه، والعَبْدُ لاَ وَلاَءَ عليه في الحال.

وقوله: «وفي العَبْدِ والمُعْتَقِ وجه». المشهور في المَسْأَلَةِ اختلاف القول، لا اخْتِلاَفُ الوجه. ويمكن أن يُعْلَمَ بالواو؛ لطريقتين ذكرناهما في باب اللَّقِيطِ.

وقوله: «لا يثبت نسبه بِمُجَرَّدِ الدعوى»، يعني أنه لا يَكْفِي لِلإِسْتِلْحَاقِ وحده، بل لا بد من ظُهُورِ نِكَاحٍ أو وَطْءِ شُبْهَةٍ؛ ليثبت النَّسَبُ. وهل يُشْتَرَطُ الذكورة في المستلحق أم يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُ المَرْأَةِ؟ فيه ثلاثة أوجه قد ذكرها، وذكرناها في اللَّقِيطِ، وهي مُكَرَّرَةٌ ههنا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّانِي: المُلْحِقُ:) وَهُوَ كُلُّ مُدْلِجِيٍّ مُجَرَّبٍ أَهْلٍ لِلشَّهَادَةِ، وَفِي غَيْرِ المُدلِجِيِّ إِذَا تَعَلَّمَ القِيَافَةَ وَجْهَانِ، وَتَجْرِبَتُهُ بِأَنْ يُعْرَضَ وَلَدٌ بَيْنَ ثَلاَثَةِ أَصْنَافٍ مِنَ النِّسْوَةِ لَيْسَ فِيهِنَّ أُمُّهُ ثُمَّ فِي صِنْفٍ رَابِعٍ فِيهِنَّ أُمُّهُ، فَإِنْ أَصَابَ فِي الكُلِّ قُبِلَ قَوْلُهُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي القَائِفِ الذُّكُورَةُ وَالحُرِّيَّةُ، وَلاَ يُشْتَرَطُ العَدَدُ.

---

(١) في ز: الكثر.

(٢) في أ: العتق.

(٣) سقط في: ز.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: [المُلْحِقُ: هو القَائِفُ،][(١)] وليكن فيه صِفَاتٌ؛ منها ما اتَّفَقُوا على اعْتِبَارِهَا، ومنها ما اخْتَلَفُوا فيه، فمنها كونه مُدْلجيّاً؛ وفيه وجهان: أحدهما: أنه شَرْطٌ؛ لأن الصَّحَابَةَ ـ رضي الله عنهم ـ رَجَعُوا إلى بني مُدْلج دون سَائِرِ الناس[(٢)]. وقد يَخُصُّ الله ـ تعالى جَدُّه ـ جَمَاعَةً بنوع من المَنَاصِبِ، والفَضَائِلِ، كما خَصَّ قُرَيْشاً بالإمامة.

والثاني: أنه ليس بِشَرْطٍ، وسَائِرُ الناس من العَرَبِ، والعَجَمِ، يشاركونهم فيه؛ لأن القِيَافَةَ نَوْعٌ من العِلْمِ، فمن تَعَلَّمَهُ، عَمِلَ بِعِلْمِهِ.

والأول، أصح عند الإمام، وصاحِبِ الكتاب.

والثاني أَصَحُّ، عند العراقيين، وأكثر الأَصْحَابِ ـ رحمهم الله ـ.

إن بني[(٣)] مدلج على ما ذكر القاضي ابْنُ كَجٍّ بَطْنٌ من خُزَاعَةَ، ويُقَالُ: من أَسَدٍ.

ومنها كونه مُجَرِّباً، فمن لم يُعْرَفْ علمه في هذا النوع، لا يُعْتَمَدُ قوله، كما أن من لم يُعرَفْ عِلْمُهُ بالأحكام، لا يُجْعَلُ قَاضِياً.

وكيفية تجربته[(٤)]؛ التي أَوْرَدَهَا في الكتاب: أن يُعْرَضَ عليه وَلَدٌ في نِسْوَةٍ، ليست فيهن أُمُّهُ، ثم في نِسْوَةٍ ليست فيهن أُمُّهُ، ثم في نسوة ليست فيهن أُمُّهُ، ثم في صِنْفٍ رابع فيهن أُمُّهُ، فإذا أصاب في الكل، قُبِلَ قوله بعد ذلك. وفي هذه الكيفية شَيْئَانِ:

أحدهما: عَرْضُ الأَمْرِ، هل يَخْتَصُّ التجربة؟ أم يجوز أن يُعْرَضَ عليه المَوْلُودُ مع أبيه؟ فيه وجهان:

الذي ذكره القَفَّالُ، وأَوْرَدَهُ صاحب «التهذيب»؛ الاختصاص، وامْتِنَاعُ التجربة بالأب؛ لأن لُحُوقَ الوَلَدِ بالأب، لا يُعْلَمُ يَقِيناً. وهذا يوافق سِيَاقَ الكتاب.

وأشبههما: وبه أجاب العِرَاقِيُّونَ، وغيرهم: أنه يجوز التَّجْرِبَةُ، بعرض الوَلَدِ عليه مع أبيه، إلا أن العَرْضَ مع الأُمِّ أَوْلَى. وحكوا هذا عن نَصِّهِ ـ رضي الله عنه ـ في «الأم».

والثاني: تَكْرِيرُ العَرْضِ ثلاثاً. واختلف النَّاقِلُونَ فيه؛ فمنهم من قال: يُعْرَضُ عليه مَوْلُودٌ مع أبيه في رجال، أو مع أُمِّهِ في نِسْوَةٍ؛ فيقال: ألحقه بأمه.

أو يُعْرَضُ عليه أولاد[(٥)] نسوة وامرأة منهن؛ فيقال: أَلْحِقْ ولدها به ولم يَشْتَرِطُوا

---

(١) سقط في: أ.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: «قوله يروى عن الصحابة أنهم رجعوا إلى بني مدلج دون سائر الناس» لم أجد له أصلاً.

(٣) في ز: وبنو.

(٤) في ز: تجريبه.

(٥) في ز: أولاً.

التكرير. ومنهم من قال: لا يكفي العَرْضُ مَرَّةً واحدة؛ فإنه قد يُصِيبُ فيها اتِّفَاقاً؛ ولكن يُعْرَضُ عليه ثَلاَثَ مرات. وإليه ذَهَبَ الشيخ أبو حَامِدٍ وأصحابه.

وذكر الإِمَامُ: أنه لا مَعْنَى لاعتبار التَّكْرَارِ ثَلاَثاً؛ بل المُعْتَبَرُ غَلَبَةُ الظَّنِّ، بأن ما يقوله، [يقوله][1] عن خِبْرَةٍ، وبَصِيرَةٍ، لا عن وِفَاقٍ، والظَّنُّ قد يَحْصُلُ بما دون الثلاث. وهذا كالتَّوَسُّطِ بين الوَجْهَيْنِ الأولين.

وإذا حصلت التَّجْرِبَةُ اعْتُمِدَ على إِلْحَاقَاتِهِ، ولا تُجَدَّدِ التجربة لكل إِلْحَاقٍ.

ومنها أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ، فيجب أن يكون القَائِفُ مُسْلِماً، عَاقِلاً، بَالِغاً، عَدْلاً.

وفي اشتراط الحُرِّيَّةِ والذُّكُورَةِ وجهان:

أصحهما: الاشْتِرَاطُ كما في القاضي.

والثاني: يجوز الرُّجُوعُ إلى العَبْدِ والمرأة، كما في الفَتْوَى، وبناهما[2] في «الإبانة»، على أن القِيَافَةَ كالحُكْم، أو كالقِسْمَة. ووجه مشابهتها القِسْمَةَ، اشْتِمَالُهَا على التمييز بالنَّفْي، والإِثْبَاتِ. وإنما يُتَصَوَّرُ فَرْضُ الرِّقِّ في القَائِفِ على تَقْدِيرِ اخْتِصَاصِ القِيَافَةِ ببني مدلج، إذاً لجوزنا[3] اسْتِرْقَاقَ العرب، وإلا فالمُدْلِجِيُّ لا يكون إلا حُرّاً.

وذكر القاضي ابْنُ كَجٍّ بِنَاءً على اعتبار أَهْلِيَّةِ الشهادة؛ أن قِيَافَةَ الأَعْمَى، والأَخْرَسِ، لا تجوز، وأنه إذا كان القَائِفُ من أَحَدِ المتداعيين:

فإن أُلْحِقَ الولد بغير أبيه، قُبِلَ، وإن ألحقه[4] بأبيه لم يُقْبَلْ. وإذا كان بين القَائِفِ وأحدهما عَدَاوَةٌ، فإن أَلْحَقَهُ بالعَدُوِّ، قُبِلَ. وإن ألحقه بغير العَدُوِّ لم تقبل؛ لأنها كالشَّهَادَةِ على العَدُوِّ. وفي اشتراط العَدَدِ وَجْهَانِ:

أحدهما: أنه لاَ بُدَّ من قَائِفَيْنِ، كما في التَّزْكِيَةِ والتقويم.

وأصحهما: الاكْتِفَاءُ بِقَوْلِ الوَاحِدِ، كما في القَضَاءِ، والفَتْوَى. ويُحْكَى هذا عن نَصِّهِ ـ رضي الله عنه ـ في «الأم». وربما احْتُجَّ له بحديث المدلجي. ولو كان القاضي قَائِفاً، فهل يَقْضِي بِعِلْمِهِ؟ فيه الخِلاَفُ في القضاء بالعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّالِثُ: مَحَلُّ العَرْضِ عَلَى القَائِفِ) فَالمَوْلُودُ إِذَا تَدَاعَاهُ آثْنَانِ لَمْ يَلْحَقْهُمَا بَلْ يُعْرَضُ عَلَى القَائِفِ إِذَا كَانَ كَوْنُهُ مِنْهُمَا مُمْكِناً شَرْعاً، وَذَلِكَ بِأَنْ يطَأَ فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ وَطِىءَ الثَّانِي بَعْدَ تَخَلُّلِ حَيْضَةٍ آنْقَطَعَ الإِمْكَانُ عَنِ الأَوَّلِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ

---

(١) سقط في: أ.
(٢) في ز: وبيناهما.
(٣) في ز: إذا جوزنا.
(٤) في ز: ألحق.

الأَوَّلُ زَوْجاً فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، فَإِنْ كَانَ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ فَفِي انْقِطَاعِ إِمْكَانِهِ قَوْلاَنِ، وَمَنِ انْفَرَدَ بِدَعْوَةِ مَوْلُودٍ صَغِيرٍ فِي يَدِهِ لَحِقَهُ، فَإِنْ بَلَغَ فَانْتَفَى عَنْهُ هَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ قَوْلاَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المَقْصُودُ الآن بَيَانُ أن الوَلَدَ متى يُعْرَضُ على القائف؟ وله موضعان:

أحدهما: أن يَتَدَاعَى اثنان مَوْلُوداً مَجْهُولاً من لَقِيطٍ وغيره، فيُعرَض على القَائِفِ [على ما سبق شرحه في اللَّقِيطِ.

والثاني: أن يَشْتَرِكَ اثنان، فَصَاعداً في وطءِ امْرَأةٍ، فَأَتَتْ بولد، لَزِمَ أن يُمْكِنَ أن يكون منهما، وادَّعَاهُ كل واحد منهما، فَيُعْرَضُ على القَائِفِ][1]. وعند أبي حَنِيفَةَ في أحد المَوْضِعَيْنِ يُلْحَقُ الوَلَدُ بهما، أو بهم. ولا اعْتِبَارَ بقول القَائِفِ.

[واحتج الأَصْحَابُ ـ رحمهم الله ـ لاعتبار قول القَائِفِ][2] بما سَبَقَ، ولامْتِنَاعِ الإِلْحَاقِ باثنين فَصَاعِداً، بأن الولد لا يَنْعَقِدُ من [مَاءِ][3] شَخْصَيْنِ؛ لأن الوَطْءَ لا بد وأن يَكُونَ على التَّعَاقُبِ، وإذا اجتمع مَاءُ الأول، مع مَاءِ المَرْأَةِ، وانْعَقَدَ الوَلَدُ منه، حَصَلَتْ عليه غِشَاوَةٌ تمنع من اخْتِلاَطِ مَاءِ الثاني بِمَاءِ الأول وَمَائِهَا.

وأيضاً فإنه لو تداعى الوَلَدَ، مُسْلِمٌ، وكافر، لا يُلْحَقُ بهما بالاتِّفَاقِ. فكذلك إذا تَدَاعَاهُ مسلمان، ثم الاشْتِرَاكُ في الوطء على الوجه المذكور يُفْرَضُ من وجوه:

منها أن يَطَأَ كل واحد منهما بالشُّبْهَةِ؛ بأن يَجِدَهَا على فِرَاشِهِ فَيَظُنُّهَا زَوْجَتَهُ، أو أَمَتَهُ. ولو كانت في نِكَاحٍ صحيح، فَوُطِئَتْ بالشُّبْهَةِ؛ فعن القاضي أبي الطَّيِّبِ ـ وهو الذي أَوْرَدَهُ [صاحب][4] «الشامل»: أن الولد يُلْحَقُ بالزوج؛ لأنها فِرَاشُهُ، والفِرَاشُ أقوى من الشُّبْهَةِ، كما إنه إذا طلقها زَوْجُهَا، وانقضت عِدَّتُهَا، ونَكَحَهَا زوج آخر، فأتت بوَلَدٍ، يُلْحَقُ بالثاني. وإن أَمْكَنَ أن يكون من الأَوَّلِ؛ لأنها فِرَاشُ الثاني. والأظهر، على ما ذكره القاضي الرُّويَانِيُّ وغيره، وهو الذي أَوْرَدَهُ الإمام: أنه لا يَتَعَيَّنُ الزَّوْجُ لِلإِلْحَاقِ، بل الموضع مَوْضِعُ الاشْتِبَاهِ، والعَرْضُ على القَائِفِ. وليس كالصورة المُسْتَشْهَدِ بها؛ لأن العِدَّةَ أَمَارَةٌ ظاهرة في حُصُولِ البَرَاءَةِ عن الأول، وههنا بخلافه.

ومنها أن يَطَأَ الرجل زَوْجَتَهُ في النكاح [الصحيح، ثم يُطَلِّقُهَا فَيَطَؤُهَا غيره بالشُّبْهَةِ، أو في النكاح[5] الفَاسِدِ]؛ بأن ينكحها في العِدَّةِ، وهو جاهل بكونها في

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط في: أ.
(٣) سقط في: ز.
(٤) سقط في: ز.
(٥) سقط في: أ.

العِدَّةِ. وعن مالك: أن الوَلَدَ يُلْحَقُ بالزوج؛ لأنه وَطِيءَ في نكاح صَحِيحٍ، فهو أَقْوَى جانباً. حكاه ابن الصَّبَّاغِ عنه.

ومن قال بهذا، وقد طَلَّقَهَا الزَّوْجُ، فَأَوْلَى أن يقول به، والنِّكَاحُ مُسْتَمِرٌّ بينهما.

ومنها: أن يَطَأَ كل واحد منهما في نِكَاحٍ فَاسِدٍ.

ومنها: أن يَطَأَ الشريكان الجَارِيَةَ المُشْتَرَكَةَ بينهما.

ومنها: أن يَطَأَ أَمَتَهُ، ويَبِيعَهَا فَيَطَؤُهَا المشتري. ولم يَسْتَبْرِءْ واحد منهما. فإذا وَطِيء اثنان على بَعْضِ هذه التصويرات في طُهْرٍ واحد، وأتت المرأة بِوَلَدٍ لأقل من أربع سنين، و[أكثر من][1] سِتَّةِ أشهر من الوطئين، وَادَّعَيَاهُ جميعاً، رُوجِعَ القَائِفُ.

وإن تَخَلَّلَ بين الوَطْئَيْنِ حَيْضَةٌ، فهي أَمَارَةٌ ظاهرة في حُصُولِ البَرَاءَةِ عن الأول. فَيَنْقَطِعُ تَعَلُّقُهُ، إلا أن يكون الأَوَّلُ زَوْجاً في نِكَاحٍ صحيح، والثاني وَاطِئاً بالشُّبْهَةِ، أو في نِكَاحٍ فَاسِدٍ؛ فلا يَنْقَطِعُ تَعَلُّقُ الأول؛ لأن إِمْكَانَ الوطء مع فراش النكاح قائم مَقَامَ نفس الوطء، والإِمْكَانُ حَاصِلٌ بعد الحَيْضَةِ.

وإن كان الأول زَوْجاً في نكاح [فاسد][2]، ففي انْقِطَاعِ تَعَلُّقِهِ بِتَخَلُّلِ الحَيْضَةِ قولان:

أحدهما: أنه كالنِّكَاحِ الصحيح.

وأظهرهما: خلافه؛ لأن المَرْأَةَ في النِّكَاحِ الفاسد لا تَصِيرُ فِرَاشاً، ما لم توجد حَقِيقَةُ الوطء. هكذا نقل الصُّورَتَيْنِ الإمام وصاحب الكتاب. ولا فَرْقَ بين أن يكون المُتَدَاعِيَانِ مُسْلِمَيْنِ، أو أحدهما مسلماً والآخر ذِمِّيّاً. ولا بين أن يكونا حُرَّيْنِ، أو أحدهما حُرّاً، والآخر عَبْداً. على ما سبق في اللَّقِيطِ. وكذلك لا فَرْقَ بين أن يكون الوَاطِئَانِ مُسْلِمَيْنِ، وحُرَّيْنِ، أو مختلفي الحال.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ ادَّعَى نَسَبَ بَالِغٍ فَأَنْكَرَ لَمْ يَلْحَقْهُ وَإِنْ أَلْحَقَهُ القَائِفُ، وَإِنْ سَكَتَ أَلْحَقَهُ القَائِفُ، وَإِنْ أَقَرَّ فَلاَ حَاجَةَ إِلَى القَائِفِ، وَمَنِ ادَّعَى نَسَبَ مَوْلُودٍ عَلَى فِرَاشِ غَيْرِهِ بِأَنِ ادَّعَى وَطْئاً بِالشُّبْهَةِ لَمْ يُقْبَلْ وَإِنْ وَافَقَهُ الزَّوْجَانِ بَلْ لاَ بُدَّ مِنْ بَيِّنَةٍ عَلَى الوَطْءِ لِحَقِّ المَوْلُودِ، وَإِنْ تَدَاعَيَا صَبِيّاً وَهُوَ فِي يَدِ أَحَدِهُمَا لَحِقَ بِصَاحِبِ اليَدِ خَاصَّةً، وَمَنِ اسْتَلْحَقَ وَأَنْكَرَتْ زَوْجَتُهُ وِلاَدَتَهُ فَهَلْ يَلْحَقُهَا بِمُجَرَّدِ دَعْوَى الأَبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفَصْلِ صُوَرٌ مُكَرَّرَةٌ، وغير مكررة.

فمن المكررة: اسْتَلْحَقَ صَبِيّاً مَجْهُولاً في يَدِهِ، أو لا في يَده، وأَلْحَقْنَاهُ به ثم بلغ

---

(١) سقط في: أ.

(٢) سقط في: أ.

وانْتَفَى عنه، هل يَنْدَفِعُ نَسَبُهُ؟ قال: فيه قولان: والمسألة مشهورة بالوَجْهَيْنِ. وقد ذكرها مَرَّةً في الإِقْرَارِ، وأخرى في اللَّقِيطِ. ومنها: اسْتَلْحَقَ بَالِغاً، فَأَنْكَرَ، لا يلحقه. وقد أَوْرَدَهَا في البابين المذكورين أيضاً.

وإِلْحَاقُ القَائِفِ والحالة هذه، ليس بِحُجَّةٍ عليه، وإن سَكَتَ البَالِغُ، فقد ذكر صاحب الكِتَابِ: أنه يُلْحِقُهُ القَائِفُ. وهذا لم أَجِدهُ لغيره: وليس هناك إلا وَاحِدٌ يدعيه.

نعم، لو ادعاه اثنان في مَوَاضِعِ الاشْتِبَاهِ، وهو سَاكِتٌ، يُعْرَضُ على القَائِفِ. وكذلك ذكره في «الوسيط». قال: فإن وافق أحدهما، لَحِقَهُ، ولم يُقْبَلْ قَوْلُ القَائِفِ؛ على خلافه. ومنها: لو تَدَاعَى اثنان صَبِيّاً مَجْهُولاً، فقد أُطْلِقَ ههنا؛ أنه يُلْحَقُ بصاحب اليد. كذلك نَقَلَهُ القاضي الروياني عن القَفَّالِ، والأَشْبَهُ بالمذهب، تفصيل ذكره في اللَّقِيطِ؛ وهو أنه إن كان يده عن الْتِقَاطٍ، لم يُؤَثِّرْ، وإن لم يكن عن الْتِقَاطٍ، فَيُقَدَّمُ صَاحِبُ اليد، إن تقدم اسْتِلْحَاقُهُ على اسْتِلْحَاقِ الآخر، وإلا فوجهان. وأما غير المُكَرَّرِ فصورتان:

إحداهما: إذا ادَّعَى نَسَبَ مَوْلُودٍ على فِرَاشِ غيره بسبب وطء شُبْهَةٍ اتَّفق، فإن قلنا: إن وَطْءَ الشُّبْهَةِ، إذا كانت المَرْأَةُ فِرَاشاً للزَّوْجِ، لا أَثَرَ له، والولد يُلْحَقُ بالزَّوْجِ، فلا اعْتِبَارَ بقوله. وإن جعلناه مُؤَثِّراً، فلا يكفي اتِّفَاقُ الزوجين عليه، بل لاَ بُدَّ من البَيِّنَةِ على الوطء؛ لأن لِلْمَوْلُودِ حَقّاً في النَّسَبِ واتفاقهما ليس بِحُجَّةٍ عليه.

فإذا قامت البَيِّنَةُ، عُرِضَ على القَائِفِ. فإن كان المُدّعي نَسَبُهُ بَالِغاً، واعْتُرِفَ بِجَرَيَانِ وطء الشبهة، وجب أن يكفي.

الثانية: إذا استلحق مَجْهُولاً، وله زَوْجَةٌ، فأنكرت وِلاَدَتَهُ، فهل يلحقها باسْتِلْحَاقِهِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن وَلَدَهُ منها ظاهراً.

وأصحهما: المنع؛ لِجَوَازِ أنه من وطء الشبهة[1]، أو زوجة أخرى.

وهما كوجهين ذَكَرْنَاهُمَا في اللَّقِيطِ، في أَنَّ المَرْأَةَ إذا اسْتُلْحِقَتْ، وقبلنا[2] استلحاقها، هل يَلْحَقُ الوَلَدُ زوجها؟ ولو استلحق مَجْهُولاً، وله زَوْجَةٌ، فأنكرت وِلاَدَتَهُ، واستلحقته امرأة لها زَوْجٌ، فَأَنْكَرَهُ، حكى في «الوسيط»: فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن أُمَّهُ التي استلحقها دون المنكرة، وربما اتَّفَقَ بينها وبين صاحب اليد وطء شُبْهَةٍ.

والثاني: أن أُمَّهُ زَوْجَةُ صاحب اليَدِ، فإنها فِرَاشُ زَوْجِهَا.

---

(١) في أ: شبهة.

(٢) في أ: وقلنا.

والثالث: يُعْرَضُ على القَائِفِ، فأيتهما ألحقه [بها](١)، فهي أُمُّهُ.

ولو كانت الصورة بِحَالِهَا، وأقام كُلُّ واحد البَيِّنَةَ. فعن ابنِ سُرَيْجٍ أربعة أوجه:

أحدها: أن بَيِّنَةَ الداخل أَوْلَى؛ لأنا لو أَلْحَقْنَاهُ بالمرأة، لالْتَحَقَ بِالزَّوْجِ مع إِنْكَارِهِ، فيصير الرَّجُلُ تَبَعاً لِلْمَرْأَةِ. ثم إذا لحقه، لحق امْرَأَتَهُ.

والثاني: بَيِّنَةُ المرأة أَوْلَى؛ لأن وِلاَدَتَهَا مَحْسُوسَةٌ، ثم لا يلزم من أن يلحقها أن يَلْحَقَ زَوْجَهَا.

والثالث: أنهما يَتَعَارَضَانِ.

والرابع: أنه يُعْرَضُ على القَائِفِ، فإنْ لحقِ الوَلَدُ بالرجل، لَحِقَ، ولحق زوجته. وإن أَلْحَقَهُ بالمرأة، لَحِقَهَا دون زَوْجِهَا. حكى الأَوْجُهَ هكذا، القاضي الروياني عن رواية الصيدلاني.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِذَا لَمْ يَجِدْ قَائِفاً أَوْ تَحَيَّر، فَإِنْ بَلَغَ الصَّبِيُّ حَبَسْنَاهُ حَتَّى يَنْتَسِبَ إِلَى أَحَدِهِمَا، وَيَكُونَ اخْتِيَارُهُ كَإِلْحَاقِ القَائِفِ حَتَّى لاَ يُقْبَلَ رُجُوعُهُ كَمَا لاَ يُقْبَلُ رُجُوعُ القَائِفِ، وَلاَ يُلْتَفَتْ إِلَى انْتِسَابِ الصَّغِيرِ المُمَيِّزِ، وَإِنْ وَطِئَا فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ، وَحَبَلَتْ لَكِن ادَّعَى أَحَدُهُمَا الوَلَدَ، وَسَكَتَ الآخَرُ، فَفِي قَوْلٍ يُعْرَضُ عَلَى القَائِفِ، وَفِي قَوْلٍ: يَخْتَصُّ بِالمُدَّعِي، وَنَفَقَةُ الوَلَدِ قَبْلَ إِلْحَاقِ القَائِفِ عَلَيْهِمَا، ثُمَّ يَرْجِعُ مَنْ قَطَعَ القَائِفُ نَسَبَهُ، وَإِنْ مَاتَ الوَلَدُ عُرِضَ عَلَى القَائِفِ قَبْلَ أن يَتَغَيَّرَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في هذه البَقِيَّةِ مَسَائِلُ:

إحداها: إذا لم [يجد](٢) قائفاً، أو تَحَيَّرَ ولم يَجِدْ جَوَاباً، أَوْ ألحق الوَلَدُ بهما، أو نَفَاهُ عنهما، وَقَفْنَا إلى أن يَبْلُغَ، فإذا بلغ، أَمَرْنَاهُ بالانْتِسَابِ إلى أحدهما بحسب المَيْلِ الذي يَجِدُهُ، فإن امْتَنَعَ، حُبِسَ لِيَخْتَارَ، وإذا اختار، كان اخْتِيَارُهُ كإلحاق القَائِفِ.

وإن قال: لا أَجِدُ مَيْلاً إلى أحدهما، بَقِيَ الأَمْرُ مَوْقُوفاً، ولا عِبْرَةَ بإخباره قبل البُلُوغِ. وإن كان مُمَيِّزاً، وفيه وجه؛ أنه يُخَيَّرُ إذا صار مُمَيِّزاً، كما يُخَيَّرُ بين الأبوين في الحَضَانَةِ. وكل هذا مذكور بالشرح في اللقيط.

وعن أحمد: أنه إذا ألحقه(٣) القَائِفُ بهما جَمِيعاً، أُلْحِقَ بهما.

الثانية: إذا أَلْحَقَهُ القَائِفُ بأحدهما، ثم رجع، وأَلْحَقَهُ بالآخر، لم يُقْبَلْ على ما مَرَّ في اللَّقِيطِ. وكذا لو أَلْحَقَهُ قَائِفٌ بِأَحَدِهِمَا، فجاء بِقَائِفٍ آخر، فألحقه به؛ لأن الاجْتِهَادَ

---

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في أ: لحقه.

لا يُنْقَضُ بالاجتِهَادِ. وهذا هو المَشْهُورُ في الصورتين. وذكر القاضي ابْنُ كَجٍّ: أنه إذا أَلْحَقَهُ قَائِفٌ بهذا، وقَائِفٌ بهذا، تَعَارَضَا، وصار كأن لا قَائِفَ.

وأنه إن رَجَعَ القَائِفُ بعد تَنْفِيذِ الحكم بقوله، لم يُلْتَفَتْ إلى رُجُوعِهِ. وإن رجع قبل أن يُنَفِّذَ الحاكِمُ الحُكْمَ، قيل: رُجُوعُهُ كرجوع الشُّهُودِ، لكن لا يُقْبَلُ قوله في حَقِّ الآخر؛ لسقوط الثِّقَةِ بقوله، ومعرفته.

وإذا أَلْحَقَهُ القَائِفُ بهما؛ فعن القَفَّالِ، وغيره: أنه يُسْتَدَلُّ بذلك على أنه لا يَعْرِفُ الصَّنْعَةَ، فلا يُعْتَدُّ بقوله من بَعْدُ، إلا أن يَمْضِيَ زَمَانٌ، يمكن العِلْمُ فيه، فَيُمْتَحَنُ حينئذ، ثم يُعْتَمَدُ. وكذا لو كانا توأمين، فألحق القائِفُ [أحدهما][1] بأحدهما، والآخَرَ بالآخر فهو كما لو ألحق الواحد بهما فإذا انْتَسَبَ المَوْلُودُ إلى أحدهما، يَثْبُتُ نَسَبُهُ منه، فلا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ عنه. وإن انْتَسَبَ إليهما، لغى، وأُمِرَ بالانْتِسَابِ إلى أحدهما.

ولو اختلف التوأمان في الانْتِسَابِ، لم يُعْتَبَرْ قولهما، فإن رجع أَحَدُهُمَا إلى قول الآخر، قُبِلَ.

الثالثة: إذا وَطِئَا في طُهْرٍ واحد، وأَتَتْ بولد، يمكن [أن يكون][2] منهما. كما سبق تَصْوِيرُهُ، فادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا، وسَكَتَ عنه الآخَرُ، أو أنكره، فقولان:

أحدهما: أنه يَخْتَصُّ بالمدعى كما لو كان في يد اثنين ادَّعَاهُ أحدهما دون الآخر، يُجْعَلُ له.

وأظهرهما: وهو الذي أَوْرَدَهُ القاضي ابْنُ كَجٍّ: أنه يُعْرَضُ على القَائِفِ؛ أن الوَلَدَ صَاحِبُ حَقٍّ في النَّسَبِ، فلا يَسْقُطُ حَقُّهُ بالإِنْكَارِ، وترك الدعوى.

وإن أَنْكَرَاهُ معاً، يُعْرَضُ على القَائِفِ، ولا يُعَطَّلُ نَسَبُهُ[3].

الرابعة: نَفَقَةُ الوَلَدِ إلى أن يُعْرَضَ على القَائِفِ، وفي مُدَّةِ التَّوَقُّفِ إلى الانْتِسَابِ عليهما، فإذا أُلْحِقَ بأحدهما، رَجَعَ الآخَرُ عليه بما أَنْفَقَ. وهل تجب النَّفَقَةُ في حَالِ الاجْتِنَانِ؟ بُنِيَ ذلك على أن الحَمْلَ؛ هل يُعْلَمُ إن قلنا: نعم فنعم، وإلا فلا إن أوجبناها فكان أحد المدعيين زَوْجاً قد طَلَّقَهَا، والآخر وَاطِئاً بالشُّبْهَةِ؟

فإن قلنا: إن النَّفَقَةَ للحامل[4]، فهي على المُطَلِّقِ.

---

(١) سقط في: ز. (٢) سقط في: ز.

(٣) وهذا الإطلاق يشمل صورة الزوجية وقد قال الإمام في كتاب اللعان عند نسبة الزوج الولد إلى وطء الشبهة أن الرجوع إلى القافة إنما يجري إذا اعترف الواطىء بالوطء.

(٤) في ز: للحائل.

وإن قلنا: للحمل، أُخِذَا بها إلى أن يَظْهَرَ الأَمْرُ. وإن أوصى للطفل في وقت التوقف، فليقبلا الوَصِيَّةَ جميعاً.

الخامسة: إذا مات المَوْلُودُ قبل العَرْضِ على القَائِفِ، فإن تَغَيَّرَ، فقد تَعَذَّرَ العَرْضُ. وإن لم يَتَغَيَّرْ، فَيُنْظَرُ، إن دُفِنَ، لم يُنْبَشْ، وإن لم يُدْفَنْ، فوجهان:

أظهرهما: ويُحْكَىٰ عن أبي إِسْحَاقَ: أنه يُعْرَضُ؛ لأن الشبه لا يَبْطُلُ بِالمَوْتِ.

والثاني: المنع؛ لأن القَائِفَ قد يَبْنِي على الحَرَكَةِ، والكلام. وما يبطل بالموت.

وإذا مَاتَ أحد المتداعيين، عُرِضَ أبوه، أو أخوه، أو عمه مع المولود؛ قاله في «التهذيب»[(١)].

فروع:

في الرُّعَاةِ مَنْ يَلْتَقِطُ السِّخَالَ في ظُلْمَةِ الليل، ويُلْقِيهَا في وِعَاءٍ معه، فإذا أَصْبَحَ، أَلْقَى كل سَخْلَةٍ بين يدي أُمِّهَا. ولا يُخْطِىءُ؛ لمعرفته بها وبأمها.

فعن الإِصْطَخْرِيِّ: أنه يُعْمَلُ بقول مِثْلِ هذا الرَّاعِي، إذا تَنَازَعَ اثنان في سَخْلَةٍ، والظاهر خِلاَفُهُ. وإنما عُمِلَ بقول القَائِفِ، لِشَرَفِ الآدَمِيِّ كيلا يَضِيعَ نَسَبُهُ.

وحكى القاضي ابْنُ كَجٍّ الدِّينَوَرِيُّ عن تخريج أبي الحَسَيْنِ وجهين في أن القِيَافَةَ أَوْلَى بالرِّعَايَةِ بعد بُلُوغِ المَوْلُودِ؛ أو الانْتِسَابِ. وادعى أن الظَّاهِرَ [الثاني، وأنه لا رُجُوعَ إلى القَائِفِ بعد بُلُوغِ المولود، والظاهر][(٢)] خِلاَفُهُ، على ما سَبَقَ في اللَّقِيطِ.

وأنه لو أَلْحَقَ المَوْلُودَ قَائِفٌ بأحد المتداعيين بالأَشْبَاهِ الظَّاهِرَةِ، وآخر بالثاني بالأَشْبَاهِ الخَفِيَّةِ؛ كالخلق وتَشَاكُلِ الأَعْضَاءِ، فأيهما أَوْلَى؟

فيه وجهان: أظهرهما: الثاني؛ لأن فيهما زِيَادَةَ حَذْقٍ وبَصِيرَةٍ.

وإذا تَدَاعَاهُ مسلم، وذِمِّيٌّ، وأقام أحدهما بَيِّنَةً، تَبِعَهُ نَسَباً ودِيناً. وإن ألحقه القَائِفُ بالذِّمِّيِّ، تَبِعَهُ نَسَباً، لا دِيناً. ولا تُجْعَلُ حَضَانَتُهُ للذِّمِّيِّ. وإذا تَدَاعَاهُ حُرٌّ وَعَبْدٌ، وألحقه القَائِفُ بالعبد، يثبت النَّسَبُ، وكان حُرّاً؛ لاحْتِمَالِ أنه وُلِدَ من حُرَّةٍ.

هذا تَمَامُ الكَلاَمِ في هذه الأَبْوَابِ.

---

(١) قال في الخادم: عجيب اقتصاره على حكايته عن البغوي مع أن الشافعي قد نص عليه في الأم.

(٢) سقط في: أ.

كِتَابُ العِتْقِ(١)

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلاَ يَخْفَى أَنَّهُ يَصِحُ مِنْ كُلِّ مَالِكٍ مُكَلَّفٍ لاَ يُصَادِفُ إِعْتَاقُهُ حَقّاً لازِماً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قال اللّٰهُ تعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب ـ ٣٧]. قال المفسرون: أي أعتقه.

وقال تعالى: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد ـ ١٣] أي الجواز على العقبة كفك الرقبة. وأمر اللّٰهُ تعالى بتحرير الرقبة في مواضع من الكفارات.

عن رسول الله ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً أَعْتَقَ ٱللَّهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْواً مِنْهُ مِنَ ٱلنَّارِ

---

(١) العتق لغة: الحرية، يقال منه: عتق يعتق عِتقاً وعَتقا: بكسر العين وفتحها، عن صاحب «المحكم» وغيره، وعتيقة وعتاقاً وعتاقة فهو عتيق، وعاتق، حكاها الجوهري، وهم عتقاء، وأمة عتيق، وعتيقة، وإماء عتائق، وحلف بالعَتاق، بفتح العين، أي: بالإعتاق. قال الأزهري هو مشتق من قولهم عتق الفرس: إذا سبق ونجا، وعتق الفرخ: إذا طار واستقل، لأن العبد يتخلص بالعتق، ويذهب حيث يشاء. قال الأزهري: وغيره: إنما قيل لمن أعتق نسمة: إنه أعتق رقبة، وفك رقبة، فخُصّت الرقبة دون سائر الأعضاء، مع أن العتق يتناول الجميع، لأن حكم السيد عليه، وملكه له كحبل في رقبته، وكالغل المانع له من الخروج، فإذا أعتق، فكأن رقبته أطلقت من ذلك.

انظر: ترتيب القاموس ٣/ ١٢٩.

اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: خروج الرقيق عن الملك لله تعالى.

عرفه الشافعية بأنه: إزالة الرق عن الآدمي.

عرفه المالكية بأنه: خلوص الرقيق من الرق بصيغة.

عرفه الحنابلة بأنه: تحرير الرقيق وتخليصه من الرق.

انظر: البحر الرائق ٤/ ٢٣٨، تبيين الحقائق ٣/ ٦٦، مغني المحتاج ٤/ ٤٩١، بلغة السالك ٢/ ٤٤١، كشاف القناع ٤/ ٥٠٨، الكافي ٢/ ٩٦١، الإشراف ٢/ ٣٧١.

حتى فَرْجَه بِفَرْجِه»[١].

وروى «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً كَانَ فداؤه مِنَ ٱلنَّارِ»[٢] والإجماع منعقد على صحة الإِعْتَاقِ، وعلى أنه من القُربات[٣]، ويصحُّ من كل مالك مكلف لا يصادف إعتاقه متعلق حق لازم للغير فغير المالك لا يصح إعتاقه إلاَّ بوكالة، أو ولاية[٤]، ولا يصح إعتاق الصبي، والمجنون ولا إعتاق المحجور عليه بالسَّفَهِ، وفي إِعْتَاقِ المحجور عليه بِٱلْفَلَسِ خلاف مذكور في «التَّفْلِيسِ»، وليس للعبد المأذون في التِّجارة ٱلإِعْتاق إلاَّ أن يأذن له السيد في الإعتاق عنه، والمريض مرض الموت يُعْتَبَرُ إِعْتَاقُهُ من الثلث، وفي إِعْتَاقِ العبد المرهون الخلاف المذكور في «الرهن» وفي إعتاق العبد الجاني خلاف ذكرناه في «البيع»، وهما المقصودان بقوله في الكتاب: «لاَ يُصَادِفُ إِعْتَاقُهُ حَقّاً لاَزِماً».

ولا يصح إعتاق الموقوف عليه العبد الموقوف؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ، ويبطل حق من بعده، ويصح إِعتاق الكافر ذمياً كان أو حربياً.

وإذا أعتق الحربي عبده ثم أَسْلَمَا فولاؤه ثابت عليه.

وعند أَبِي حَنِيفَةَ: لا يصح عتقه، ولا ولاء عليه، وله أن يوالي من شاء. وٱحْتَجَّ الأصحاب أن من نفذ عتقه في عبده المسلم، وجب أن ينفذ عتقه في عبده الكافر كالمسلم. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَصَرِيحُ لَفْظِهِ الإِعْتَاقُ وَالتَّحْرِيرُ، أَمَّا فَكُّ الرَّقَبَةِ فَهُوَ صَرِيحٌ عَلَى وَجْهٍ، وَلَوْ قَالَ: يَا حُرَّةُ ثُمَّ قَالَ: أَرَدتُّ نِدَاءَهَا بِٱسْمِهَا القَدِيمِ لَمْ يُقْبَلْ ظَاهِراً إِلاَّ أَنْ يَكُونَ

---

(١) متفق عليه البخاري [٢٥١٧ ـ ٦٧١٥]، مسلم (١٥٠٩) من حديث أبي هريرة، وفيه تقييد الرقبة بكونها مسلمة، وأخرجه الحاكم من حديث عقبة بن عامر، وواثلة، وأحمد من حديث مالك بن الحارث، ومرة بن كعب، وعمرو بن عبسة، وتقدم في الوصايا.

(٢) رواه أحمد [٤/ ١٤٧] من حديث عقبة بن عامر.

(٣) محل كونه قربة في العتق المنجز أما المعلق فليس قربة كما ذكره الرافعي في كتاب الصداق ونقله منه في المطلب وأقره وبحث صاحب الخادم في ذلك وأخذ كلام الرافعي فقال: والظاهر أن مراد الرافعي انتفاء القربة عن عقد التعليق، ولذلك قال: بخلاف التدبير، ولم يرد انتفاء القربة من العتق الذي تضمنه التعليق، فكل عتق قربة أكان ضمن تعليق أم لا، والتعليق نفسه ليس بقربة وهو الذي صرح به الرافعي هناك، وساق لفظه.

(٤) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: يدخل في الولاية إعتاق عبد بيت المال وقد ذكر الأصحاب هذا الفرع في كتاب الهدنة في العبد الذي جاءنا بعدما أسلم عندهم في بلاد الحرب والحال حال هدنة، فإن الماوردي قال لا يحكم بعتقه ولكن لا يسلمه الإمام إلى سيده بل يباع لمسلم أو يشتريه الإمام للمسلمين ويعتقه عنهم وولاؤه لهم. انتهى.

وما ذكره الشيخ يرد على من قال لا يصح من الإمام عتق عبد بيت المال.

اَسْمُهَا فِي الحَالِ حُرَّةً، وَكَذٰلِكَ لَوْ قَالَ: (يَا ازا ذمرد) ثُمَّ قَالَ أَرَدتُ الوَصْفَ بِالجُودِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ اَسْمُهُ ازاذمرد أَوْ كَانَ مَعَهُ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى المَدْحِ، وَلَوْ قَالَ لَهُ: يَا سَيِّدِي وَلِجَارِيَتِهِ يَا كَذبانوا فَهُوَ لَيسَ بِكِنَايَةٍ، وَلَوْ قَالَ: يَا مَوْلاَيَ فَهُوَ كِنَايَةٌ، وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِ غَيْرِهِ: أَعْتَقْتُكَ لَغَا إِنْ فُهِمَ مِنْهُ الإِنْشَاءُ، وَإِنْ فُهِمَ مِنْهُ الإِقْرَارُ فَإِذَا اَشْتَرَاهُ كَانَ مُؤَاخذاً به.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يحصل العتق بالصريح والكناية:

أما الصريح: فالتحرير والإعتاق صريحان[1]، فإذا قال لعبده: أنت حرٌّ أو مُحَرَّرٌ، أو حرَّرْتُكَ، أو أنتَ عتيق أو معتق[2] أو أعْتَقْتُكَ، عَتَقَ العَبْدُ، وإنْ لم ينو، ولا أثر للخطأ في التذكير والتأنيث؛ بأن يقول لعبده: أنتِ حرَّةٌ، أو لجاريته: أنتَ حُرٌّ. وفي فك الرقبة، أهو صريح أو كناية؟ وجهان قد ذكرهما في الكتاب في أول «الخُلْع» والأرجح على قياس نظائره أنه صريحٌ.

والكناية: كقوله لعبده: لا مِلْك لي عليك، أو لا سَبِيل، أو لا سلطان أو لا يد، أو لا أمْر، أو لا خدمة، أو أَزَلْتُ مِلْكي عنك، أو حرمتكِ، أو أنت سائبة وصرائح الطلاق وكناياتها كلُّها كناية في العتق[3]. وفي قوله: «أنتِ عَلَيَّ كظَهْرِ أمّي» وجهان أيضاً؛ لاقتضائه التحريم، كما لو قال: حَرَّمْتُكِ.

وفي قوله: «أنتِ للهِ» كنايةٌ أيضاً، خلافاً لأبي حنيفة.

ولو قال: «وهبْتُ نفسكِ منك» ونوى العتق دون التمليك، حصل العتق أيضاً، وإن قصد التمليك، فعلى ما سنذكر فيما إذا قال: بعت نفسك منك.

ثم الكلام في صور:

إحداها: إذا كانت أَمَتُهُ تُسَمَّىٰ قبل جريان ٱلرِّقِّ عليها حُرة فقال لها: يا حُرَّةُ. فإن لم يخطر له النداء بِاْسْمِهَا القديم[4]؛ عتقت لا محالة وإن قصد نداءها به ففيه وجهان

---

(١) قال الشيخ البلقيني في التصحيح: التحرير الذي هو المصدر ليس بصريح إنما الصريح ما اشتق من هذا المصدر من فعل بصيغة الماضي، وهو حررتك واسم فاعل، وهو أنا محررك إذا صرح بالآن أو بعده إلى أن قال: وأما المصدر نفسه مثل أنت تحرير فهذا كناية كما في قوله أنت طلاق على الأصح فكان ينبغي أن يقول فصريحه ما اشتق من التحرير.

(٢) سقط في: ز.

(٣) يستثنى من ذلك ما لو قال أنا منك حر، فإنه ليس كناية في العتق وإن كان قوله: «أنا منك طالق» كناية الطلاق، ويستثنى أيضاً ما لو قال لعبده اعتد أو استبري رحمك ونوى العتق، فإنه لا ينفذ.

(٤) وهذا مما يستثنى من الصريح كما تقدمت الإشارة إليه بالمكس عن عبده فقال: إنه حر، وليس بعبد، وقصد الإخبار، لم يعتق فيما بينه وبين الله تعالى، وهو كاذب في خبره، مقتضى هذا أن لا =

عن ٱلْقَاضِي الحُسَيْنِ، وبه أجابَ في الكتاب أنها تعتق؛ لأن اللفظ صريح وإنما كانت تسمى حُرَّةً حينَ كانت حُرَّةً، وإذا طرأ الرق انمحى ذلك الاسم.

قال الشيخ «أبو مُحَمَّدٍ»: لا تعتق؛ لتمكن الاَحتمال، وهذا أشبه وأظهر عند ٱلإِمَامِ.

ولو كان ٱسْمُهَا في الحال حرة فقد ذكر في الكتاب في «باب الطلاق» أنه إذا كان يُسَمَّىٰ العبد حر فقال: «يا حر» على قصد النداء لم يعتق، وإن أطلق فوجهان وَبَيَّنَّا أن هناك أن ٱلأَشْبَهَ أنه لا يُعْتَقُ، وكذا الحكم لو كان يَتَسَمَّىٰ بـ«عتيق» أو بـ[بآزادرودى][1] فقال: «يا عتيق» أو يَا «بازادرودى»[2] وليعلم لما ذكرنا قوله في الكتاب: «لم يقبل ظاهراً» بالواو.

وقوله: «إلا أن يكون ٱسْمهَا في الحال حرة» وليس بٱستثناء محقق؛ لأن هذه الحالة لا تدخل فيما إذا كان ٱسْمُها قديماً حرة فبُدِّلَ حتى يستثنى، والمعنى نعم لو كان ٱسْمُهَا في الحال حرة، وقصد نداءها بٱسْمِها لم تعتق. وفي «فتاوى صاحبِ الكتابِ»: أَنَّه إذا ٱجْتَازَ بصاحب الضريبة فخاف أَنْ يطالبَهُ بالضريبة عن عبده فقال: «إنه حر وليس بعبد وقصد الإِخْبَارَ، لم يعتق بينه وبين ٱللَّهِ تَعَالَى، وهو كاذب في خبره. وهذا النظم يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لا يقبل في الظاهر، وإِنَّهُ إِذَا قال: افرغ من هذا دون العشيِّ وأنت حُرٌّ. ثم قال: أردت أنه حر من العمل دون العتق يُدين، ولا يُقبل ظاهراً، وهذا قريب من جواب الكتاب في النداء بالاَسم القديم، وأنه إذا زَاحَمَتْهُ ٱمْرَأَةٌ في الطريق فقال: تأخري يا حرةُ فَبَانَتْ أَمَتَهُ لم تعتق[3] وهذا إن أراده[4] في الظاهر فيمكن أن يفرق بأنه لا يدري مَنْ يُخَاطِبُ هَا هُنَا، وعنده أنه يخاطب غير أَمَتِهِ وهناك خاطب العبد باللفظ الصريح.

الثانية: إذا قال لعبده: [يا ازاذمرد][5] ثم قال: أردت وصفه بالجود، لم يقبل، وحكم بعتقه ظاهراً. نعم لو كان ٱسْمُهُ «ازاذمرد» وقصد نداءه بٱسْمه لم يعتق، ولو كان هناك قَرِينَةٌ تُشْعِرُ بِأَنَّهُ قصد مدحه والثناءَ عليه فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ ولا يعتق، هكذا أطلق في الكتاب، وفي «الوسيط» أنه على الخلاف المذكور فيما إذا قال لاَمْرَأَتِهِ وهو يحل وثاقاً

= يقبل ظاهراً. وذكر صاحب المهمات أن مقتضى المذهب خلافه، وهذا أيضاً يستثنى من الصريح.

(١) كلمة فارسية معناها: بـ«الحر».

(٢) كلمة «رودى» ليس لها معنى، وقد تكون «روى» بمعنى: اذهب [يعني: فأنت حر].

(٣) كلام الشيخ يفهم أنها لا تعتق في الظاهر، وهو الذي علله الرافعي وهذه القضية وقعت للإمام الشافعي ـ رضي الله عنه ـ كما نقله الماوردي ولم تتملك الجارية فيحتمل أنه فعل ذلك ورعاً ويحتمل أن العتق وقع.

(٤) في ز: أراد به.

(٥) جملة فارسية معناها: يا عتيق.

[منها][١] أنت طالق وقال: أردت طلاقها[٢] منه، فيجوز أن يعلم. قوله في الكتاب «أو كان معه قرينة تدل على المدح [بالواو][٣]» كذلك، وفي «فتاوى ٱلْقَفَّالِ» أنه إذا بعث غلامه في حاجة فَأَبْطَأَ عليه فلما رجع [قال][٤]: [آذاذمردى كو][٥] يحكم عليه بالعتق، وحكى بعض أَئِمَةِ طَبَرِسْتَانَ وجهاً آخر أنه: لا يعتق في الحال[٦]، لِلْقَرِينَةِ ٱلدَّالَّةِ عَلَى أَنَّهُ قصد التهكم والذم[٧].

ٱلثَّالِثَةُ: قوله لعبده: يا مولاي كناية. فإن المولى مشترك[٨] بين معانٍ مِنْهَا المعتق.

ولو قال: يا سيدي ـ فعن القاضي ٱلْحُسَيْنِ: أنه لا يُعْتَقُ، وإِنْ نَوَى؛ لأنه مِنَ ٱلسُّؤْدَدِ وتبيين المنزل وليس فيه ما يَقْتَضِي العتق، وهذا ما أَوْرَدَهُ في الكتاب.

قَالَ ٱلْإِمَامُ: والذي نراه أنَّه كناية.

ولو قال لِأَمَتِهِ: [يا «كدبانو» أو «كدبانوى» مني][٩] فهو كقوله للعبد: يا سيدي وبكونه كناية أجاب صاحب ٱلتَّهْذِيبِ وكذا لو قال للعبد [تومتراى مني][١٠].

ٱلرَّابِعَةُ: إِذَا قال لعبد غيره: أَنْتَ حُرٌّ، فهذا إِقْرَارٌ بحريته، وهو مردود في الحال، لكن لو تملَّكه يوماً من الدهر، حكم بعتقه؛ مؤاخذةً له بِإِقْرَارِهِ قال ٱلْإِمَامُ: وَإِنَّمَا يجعل إقراراً[١١]؛ لأنه لا مساغ للإنشاء فيه بخلاف ما إذا قال المالك لعبده: أَنْتَ حُرٌّ فإنه إِنْشاءٌ كقول الزوج لزوجته: «أَنْتِ طَالِقٌ». فلو قَالَ لعبد ٱلْغَيْرِ: قد أعتقتك. قال صاحب الكتاب: إن ذكره في معرض الإِنْشاء فهو لغو، وإن ذكره في مَعْرِضِ الإقرار يُؤَاخَذُ بِهِ لَوْ تَمَلَّكَهُ. وعن ٱلْقَاضِي ٱلْحُسَيْنِ: أنه إِذَا قال قد أعتقتك كان إقراراً؛ لأن «قد» يؤكد معنى ٱلْمُضِيِّ في الفعل الماضي.

قال ٱلْإِمَامُ: ومجرى كلامه أَنَّ قَوْلَهُ: أعتقتك بلا «قد». قد لا يكون إقراراً وإن كانت الصيغة في الوضع الماضي، وعندي لا فصل بينهما.

والوجه: أن يُرَاجَعَ ٱلْقَائِلُ وَيُحْكَمُ بِمُوجَبِ قَوْلِهِ، فإن لم يفسر تُرِكَ وينبغي ألاَّ يُفَرِّقَ بين قوله: «أَنْتَ حر» وبين قوله: «أعتقتك».

---

(١) في ز: عنها.
(٢) في ز: إطلاقها.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: فقال.
(٥) جملة فارسية معناها: رجل حر.
(٦) في ز: الحكم.
(٧) في أ: التحكم والذمة.
(٨) في أ: يشترك.
(٩) جملة فارسية معناها: يا سيدة أو سيدتي.
(١٠) جملة فارسية معناها: أنت ولي (أنت مولاي).
(١١) في ز: الإقرار.

وقوله في الكتاب: «إن فُهِمَ مِنْهُ ٱلْإِنْشَاءُ، وإن فُهِمَ منه ٱلْإِقرار» أي: إن ذكره في مَعْرِضٍ يُفْهَمُ مِنْهُ هذا أو ذاك.

وَٱعْلَمْ أنه يصح تعليق العتق بالصفات، والإعتاق على العوض[1] كما في الطلاقِ، وَأَنَّهُ لو قَالَ: «جعلت عِتْقَكَ إِلَيْكَ أَوْ خيرتُكَ وَنَوَى[2] تفويض العتق إليه، فَأَعْتَقَ نَفْسَهُ فِي الحال عَتَقَ كَمَا فِي ٱلطَّلَاقِ. ولو قال: أَعْتَقْتُكَ عَلَى كَذَا فَقَبِلَ فِي الحال أو قال العبد: أَعْتِقْنِي عَلَى كذا؛ فأجابه عُتِقَ وعليه ما التزم.

ولو قال: أَعْتَقْتُكَ على كذا إلى شَهْرٍ فَقَبِلَ، عَتَقَ فِي الحال، وَٱلْمُلْتَزَمُ مُؤَجَّلٌ ولو أَعْتَقَهُ على خمر أو خِنْزِيرٍ عَتَقَ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ. وكذا لو قال: أَعْتَقْتُكَ على أن تخدمني، ولم يبين مدة. أو قال: على أن تَخْدِمَنِي أبداً. ولو قال: على أن تخدمني شهراً، أو تعمل لي كذا وفصله فقبل عَتَقَ وعليه ما ٱلْتَزَمَ. ولو خدمه نصفَ شهر وماتَ، فلِلسَّيِّدِ نِصْفُ قيمته في تَرِكَتِهِ[3].

فُرُوعٌ: أكثرها عن ٱبْنِ سُرَيْجٍ:

---

(١) قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: مقتضى كلامه أنه يعتبر في تعليق الإعتاق إطلاق التعرف، وليس كذلك فإنه يصح تعليق الإعتاق من الراهن المعسر والموسر على صفة لا توجد إلا بعد الفك، أو كانت محتملة أن توجد قبل الفك وأن توجد بعده، وكذلك من مالك العبد الجاني الذي تعلقت الجناية برقبته وكذلك من المحجور عليه بفلس أو رده.

(٢) عبارة النووي في الروضة: «حررتك» أي بالحاء المهملة والراء المكررة. وتقب.

فقال في القوت: هو سبق قلم ووقع في نسخ الشرح حيزتك كالمحرر في نسخ معتمدة، حريتك، وكذا رأيتها بنسخ في التهذيب فيكون قد فرض إليك عتقه بصريحي لفظ العتق والتحرير ويؤيده ما سيأتي، وفي نسخ بالتهذيب كالمحرر وهي الصحيحة، ومنها أخذ الرافعي، وقول الشيخ «في الحال» أحسن من قوله في المنهاج «في المجلس» لاقتضاء عبارة المنهاج امتداد ذلك إلى انقضاء المجلس، وليس كذلك.

(٣) قال الشيخ البلقيني: جزم المصنف وتبعه في الروضة بلزوم القيمة في المسائل المذكورة وهي الإعتاق على خمر أو خنزير أو على أن يخدمه ولم يبين مدة، وعلى أن يخدمه أبداً، فأما مسألة الإعتاق على الخمر أو الخنزير فقد جزم بها في باب النكاح في صورة إعتاق الأمة على أن ينكحه، وهذا إنما يتمشى على القول بأنه إذا تعذرت الخدمة يقوم بنسبة ما بقي من القيمة، فأمنا إذا فرعنا على أنه يغرم أجرة المثل لها بقي، فقد جعلناه ضمان عقد كما في الصداق، وبدل الخلع فيلزمه في الإعتاق على الخمر أو الخنزير قيمته بتقدير العصير أو الخل أو عند من يزعم أن له قيمة على ما فصل في نكاح المشركات وتفريق الصفقة والصداق وغيرها، ولكن مقتضى ضمان العقد في الصداق إيجاب مهر المثل، ومقتضاه هنا إيجاب قيمة العبد، فإن رقبته هي التي كالبضع، وهذا من دقائق الفقه، ويقتضي ضمان اليد في الصداق إيجاب بدل ذلك المصدق وكذلك ههنا فكأنهم فرعوا على الأصح. =

إذا قال: أَوَّلُ مَنْ يَدْخُلِ ٱلدَّارَ من عبيدي، أو أَيُّ عَبْدٍ مِنْ عبيدي دخل أَوَّلاً فهو حر؛ فدخل ٱثْنَانِ معاً، ثم ثالث لم يَعْتِق أَحَدٌ منهم أما ٱلثَّالِثُ فَظَاهِرٌ وَأَمَّا ٱلاثنان فَلِأَن واحداً منهما لا يُوصَفُ أنه أول عبد داخل، ولو كان اللفظ والصورة هذه: أول من يدخلها وحده، عَتَقَ الثالث، ولو دخل وَاحِدٌ لاَ غَيْرُ، فهل يُعْتَقُ؟ لِأَنَّهُ إنما يكون أولاً إذا كان هناك ثان فيه وجهان عن تعليق الشيخ أَبِي حَامِدٍ أَنَّ أَصَحَّهُمَا أنه يعتق.

ولو قال: آخِرُ مَنْ يدخلِ ٱلدَّارَ من عبيدي فهو حر فدخل بعضهم [بعد بعض][(١)] لم يُحْكَمْ بِعِتْقِ واحدٍ منهم إلى أن يموت السيد؛ فَيَتَبَيَّنُ ٱلآخَرُ[(٢)]. ولو قال لعبده: إن لم أَحُجَّ هذا العام فأنت حر، فَمَضَى ٱلْعَامُ فَٱخْتَلِفَا في أَنَّهُ هل حج؟ فأقام العبد بينة أنه كان بـ«الكوفة» يوم النحر عَتَقَ.

وعن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لا يَعْتِقُ. ولو قال لِعَبْدَيْنِ لهُ إِذَا جَاءَ ٱلْغَدُ فأحدكما حر، فإِذَا جاء الغد؛ عَتَقَ أحدهما عليه ٱلتَّعْيِينُ. ولو باع أحدهما، أو أعتقه [أو مات][(٣)] قبل مجيء الغد، ثم جاء الغدُ وَالآخر في مِلْكِهِ لم يَتَعَيَّنِ ٱلْمُعْتَقُ، وعلل بأنه لا يملك حينئذٍ إِعْتَاقَهُمَا فلا يملك إيقاع العتق في أحدهما، كما لو قال لعبده وَعَبْدِ غَيْرِهِ: أحدكما حر، لا يكون له حكم، وهذا غير مسلم، أليس ذكرنا في «الطلاق» وجهين؟ فيما إذا قال لزوجته وأجنبية: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ أَنَّهُ هل يُقْبَلُ قَوْلُهُ: أَرَدْتُ ٱلأَجْنَبِيَّةَ؟ فقد اتفق الوجهان على أن له حكماً وأثراً، إنما الكلام في أنه هل يتمكن من الصرف عن الزوجة؟

ولو باع أحدهما أو كلاهما ثم ٱشْتَرَى ما باع وجاء الغد وهما في ملكه فهو على الخلاف في عود ٱلْحَنَثِ.

= وقال ابن حزم في المحلى: في باب العتق فيما إذا عتق شخص عبداً بشرط أن يخدمه أربع سنين مثلاً فمات قبل الخدمة أن الشافعي قال: يؤخذ من تركته قيمة الخدمة للمدة المذكورة، انتهى. وبذلك يحصل في المسألة قولان، والقولان شاهدهما في الصداق والخلع والوصايا بالمنافع وقد ذكرهما المصنف الكتابة فقال قبل الشرط الثالث بيان قدر العوض والأجل: فرع: إذا قال لعبده أعتقتك على أن تخدمني أبداً فقبل العبد عتق في الحال ورجع السيد عليه بقيمته، ولو قال على أن تخدمني شهراً من الآن فَقَبِلَ عتق وعليه الوفاء، فإن تعذر بمرض وغيره ففيما يرجع عليه السيد به من أجرة مثل الخدمة أو قيمة العبد قولان كالصداق وبدل الخلع، وهذا الذي سقناه يفيد قولاً ثالثاً فيما جزم به مثل هنا في قوله: «وكذا لو قال أعتقتك على أن تخدمني شهراً».

(١) سقط في: ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني: عندي لا يحتاج في تعيين الآخر إلى موت السيد، بل إذا كانوا ثلاثة مثلاً فآخر من يدخل منهم هو العتيق لنزول الصفة عليه، فإن قيل يحتمل أن يدخل غيره بعده، قلنا: الحلف لا يتناول إلا مرة وقد وجد فلا يعود.

(٣) سقط في: ز.

ولو باع نصف أحدهما وجاء الغد وفي ملكه نصفه الآخرُ، فإليه التعيين، فإن عين فيمن نصفه له؛ وقع النظر في ٱلسِّرَايَة.

ولو قال: إذَا جاء الغد وأحدكما في ملكي فهو حر، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا ثم جاء الغد والآخر في مِلْكِهِ، عَتَقَ، وإن باع أَحَدَهُمَا وَنِصْفَ الآخر ثم جاء الغد؛ لم يعتق ٱلنِّصْفُ؛ لأن الشرط وهو كون أحدهما في ملكه لم يحصل. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالنَّظَرُ فِي خَوَاصِّ العِتْقِ وَهِيَ خَمْسَةٌ (الخَاصِّيَّةُ الأُولَى: السِّرَايَةُ) وَمَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ سَرَى إِلَى البَاقِي، وَكَذَا لَوْ أَعْتَقَ عَضواً مُعَيَّناً، وَلَوْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ مِنْ عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ البَاقِي بِأَرْبَعَةِ شُرُوطٍ: (الأَوَّلُ) أَنْ يَكُونَ مُوسِراً بِمَالٍ فَاضِلٍ عَنْ قُوتِ يَوْمِهِ وَدَسْتِ ثَوْبٍ كَمَا كَانَ فِي الدُّيُونِ الَّتِي عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ مَالِهِ فَهُوَ مُعْسِرٌ عَلَى الأَصَحِّ، وَالمَرِيضُ مُعْسِرٌ إِلاَّ فِي قَدْرِ الثُّلُثِ، وَالمَيِّتُ مُعْسِرٌ مُطْلَقاً حَتَّى لَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ فَنَصِيبِي مِنْكَ حُرٌّ لَمْ يَسْرِ لِأَنَّ مِيرَاثَهُ صَارَ لِلوَرَثَةِ، وَلَوْ كَانَ مُوسِراً بِالبَعْضِ سَرَىٰ بِذَلِكَ القَدْرِ عَلَى وَجْهٍ، وَعَلَى وَجْهٍ لاَ يَسْرِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا ينبغي أَنْ يُفْهَمَ من ٱلخَوَاصِّ ما ينفرد ٱلعِتْقُ به من بين سائر التصرفات؛ لأنه عَدَّ منها ٱلاَمْتِنَاع بالمرض، وهذا يشمل جميع التبرعات، ولا يَخْتَصُّ بِهِ ٱلْعِتْقُ، وَٱلْقُرْعَةُ جَارِيَةٌ في القسمة وإنما أراد ما لا يُشَارِكُ ٱلطَّلاَقُ فيه ٱلعِتق، ويختص به العتق ويوضحه أنه قال في «الْوَسِيطِ»: الطلاق والعتاق يَتَقَارَبَانِ، وقد فَصَّلْنَا حكم الألفاظ والتعليقات في الطلاق، فلا نعيده، بل يقتصر على ذكر خواص العتق، واندفع في بيانها. إذا عرفت ذلك. فإحدى الخواص: السِّرَايَةُ ومن أعتق بعضَ مَمْلُوكٍ فَإِمَّا أن يكون باقيه له أيضاً، أو لغيره.

ٱلحَالَةُ ٱلأُولَىٰ: إذا كان الباقي له؛ فَيَعْتَقُ كُلُّهُ؛ كما في الطلاق، إذا طَلَّقَ نصْفَ المرأة، يكمل، ولا فرق في ذلك بيْن ٱلْمُعْسِرِ وَالمُوسِرِ(١).

وَفُهِمَ من قوله ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ في عَبْدٍ، وَلَهُ مَالٌ، قُوِّمَ عَلَيْهِ ٱلْبَاقِي» تشوف الشرع إلى تَكْمِيل ٱلْعِتْقِ، وإذا كمل والباقي لغيره، فَلأَنْ يَكْمُلَ، والباقي له أَوْلَىٰ

---

(١) محل ما أطلقه المصنف من إعتاق كله عند الإعسار ما إذا لم يتعلق ببعضيه حق رهن أو جناية ونحوهما، فإن تعلق كل لو رهن نصف عبد وأعتق باقيه فإنه لا يسري على الأصح كما هو مذكور في باب الرهن، وما أطلقه في يد الموسر يستثنى منه ما ذكره الشيخ في آخر الباب ولو وكل وكيلاً في عتق عبد فأعتق الوكيل نصفه، فإنه يعتق النصف خاصة، ولا يسري على الأصح عند الشيخين.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: لاَ يَعْتِقُ الباقي في الحال، وَلَكِنَّهُ مُخَيَّرٌ بين أن يَعْتِقَ أَوْ يُكَاتِبَ، أَوْ يَسْتَسْعِي.

قال ٱلصَّيْدَلاَنِيُّ: والكتابة وَٱلاَسْتِسْعَاءُ عنده شيء واحد إلاَّ أنه إذا كان برضا العبد وَمُعَاقَدَتِهِ، يسميه: كتابة، وإن كان دون رضاه يسميه: سَعَايَةٌ على الرقِّ، فما لم يرد المال لا يعتق الباقي وكما يكمل العتق إذا أضافه إلى البعض الشائع يَكْمُلُ إذا أضافه إلى البعض[١] المعين كاليد والرجل كما في الطلاق وخلاف أبي حَنِيفَةَ المذكور في الطلاق عائد ها هنا، ثم في كيفية التكميل إذا أضاف العتق إلى الجزء الشائع وجهان:

أَحَدُهُمَا: أنه يَحْصُلُ في الجزء المسمى، ثم يسري إلى الباقي.

والثاني: يَحْصُلُ في الكل دفْعَةً واحدة ويكون إعْتَاقُ النصف عبارة عن إِعْتَاقِ[٢] الكل، وإذا أضافه إلى الجزء المعين؛ فوجهان مرتبان، وأولى أن يحصل دفْعَةً واحدة، والفرق: أنَّ الجزءَ السابق كالعتق في المعين وقد سبق ذكر هذا الخلاف في «الطلاق» بِتَفَارِيعِهِ. ولو أعتق أَمَتَهُ الحاملَ والحمل مملوك[٣] له أيضاً عتقُ ٱلحَمْلِ أيضاً لا بطريق السِّرَايَةِ، فإن السِّرَايَةَ في الأشقاص لا في الأشخاص، وَلَكِنْ بطريق التَّبَعِيَّةِ كما يتبع الحَمْلُ ٱلأُمَّ في البيع، إلاَّ أَنَّ البيع يبطل بالاستثناء، والعتق لا يبطل لقوته، وهذا كما أَنَّه لو استثنى عُضْواً في البيع، بطل البيع، ولو استثنى عضواً في العتق؛ لم يبطل العتق، وإن أعتق الحمل؛ نفذ العتق فيه ولم تعْتِقِ ٱلأُمُّ، فإن الأم لا تَتْبَعُ الحمل[٤].

وعن الأُسْتَاذِ أَبِي إِسْحَاقَ: أَنها تَعْتِقُ بِعِتْقِهِ كما يَعْتِقُ بِعِتْقِهَا، والظاهر الأول.

ولو كانت الأم لواحد والحمل لآخر، فلا تعتقُ الجارية بإعتاق مالك الحمل ولا الحمل بإعتاق مالك الجارية، ولا ٱسْتِتْبَاعَ مع اختلاف المالكين. وقد سبق ذكر هذه الصورة في «الوَصَايَا» ويتعلق بما نحن فيه.

فُرُوعٌ:

منها إذا قال لِأَمَتِهِ: «إِذَا وَلَدْتِ فَوَلَدُكِ حُرٌّ أو كل ولد تَلِدِينَهُ، فهو حر، وقد ذكرنا

---

(١) في أ: العضو.

(٢) سكت المصنف عن الترجيح، لكن قوله فيما بعد وقد سبق هذا الخلاف بتفاريعه في الطلاق يشعر بترجيح السراية وكلامه هناك يقتضيه أيضاً.

(٣) في الروضة بمملوك له.

(٤) أي إذا كان بعد نفخ الروح، فإن ذُكِرَ في أواخر العتق عن فتاوى القاضي الحسين أنه لو كانت جارية حاملاً والحمل مضغة فقال: أعتقت مضغة هذه لجارية كان لغواً؛ لأن إعتاق ما لم ينفخ فيه الروح لغو.

في «الطلاق» أنها: إن كانت حاملاً عند التعليق فإذا ولدت؛ عتق الولد. وإن كانت حائلاً فوجهان:

أَشْبَهُهُمَا: أنه يعتق أيضاً؛ لأنه وإن لم يملك الولد حينئذ، فقد ملك الأصل المفيد لملك الولد.

ولو قال لِأَمَتِهِ الحَامِلِ: إن كان أول ما تَلِدِينَهُ غُلاَماً؛ فهو حرٌّ وإن كان جارية؛ فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَوَلَدَتْ غُلاَماً وَجَارِيَةً، يُنْظَرُ: إن ولدت الغلام أولاً؛ عَتِقَ وَٱلجَارِيَةُ والأم رقيقان وإن ولدت الجارية أولاً؛ عَتِقَتِ ٱلأُمُ وَيُعْتَقُ ٱلْغُلاَمُ أَيْضاً؛ لكونه في البطن حين عتقَتِ الأُمُّ، وتكون الجَارِيَةُ رَقِيقَةً؛ لأن عِتْقَ ٱلأُمِّ حَصَلَ بَعْدَ مُفَارَقَتِهَا فإن[1] وَلَدَتْهُمَا معاً؛ فلا عتق؛ لأن التعليق بأول ولد تلد، وإذا ولدتهما معاً لم تلد واحد منهما أولاً، وإذا لم يعلم أولدتهما معاً أو أحدهما قبل الآخر، فلا عتق أيضاً لأن الأصل بقاء ٱلْمِلْكِ والعتق غير معلوم، وإن عُلِمَ سَبْقُ وِلاَدَةِ أَحَدِهِمَا، وَأُشْكِلَ ٱلسَّابِقُ، فالغلام حر بكل حال؛ لأنه إن سبقت ولادته عتقَ بالتعليق الأول، وإن سَبَقَ وِلاَدَةَ ٱلجَارِيَةِ عتقَ بِتَبَعِيَّةِ ٱلأُمِّ وَٱلجَارِيَةُ رَقِيقَةٌ بكل حال؛ لأنه [إن][2] سبق ولادة الغلام لم يعتق غيره، وإن سبق ولادتهما؛ لم يعتق بتبعية الأم لتأخر عتق الأم عن مُفَارَقَتِهَا، وأما الأم فيحتمل أن تكون عَتِيقَةً بسبق ولادة الجارية، ويحتمل أن تكون رقيقةً لسبق ولادة الغلام فَيُؤْمَرُ السَّيِّدُ بالبيان، فإن مات قبل أن يُبَيِّنَ فالأصح أنها رقيقة أخذاً بالأصل، وطرحاً لِلشَّكِّ.

وَقَالَ ٱبْنُ ٱلحَدَّادِ: يُقْرَعُ عَلَيْهَا بِسَهْمِ عِتْقٍ وَسَهْمِ رِقٍّ، وذكر في «تَقْرِيبِهِ» أنه يقرع بينها وبين الغلام، فإن خرجت على الغلام؛ لم يَعْتَقْ غيره وإن خرجت عليها؛ عُتِقَتْ ولم يرق الابن، ويجوز أن يقرع بين شخصين وتعمل القرعة في أحدهما دون الثاني؛ أَلاَ تَرَىٰ أنه لو قال: إن كان هذا الطائر غُرَاباً فامرأتي طالق، وإن لم يكن غُرَاباً فعبدي حُرٌّ ولم يبين الحال، يُقرع؛ فإن خرجت على العبد عتقَ وإن خرجت على المرأة، لم تطلق.

قَالَ ٱلشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: وما ذكره ٱبْنُ ٱلحَدَّادِ غَلَطٌ عند عامة الأصحاب؛ لأنا شَكَكْنَا في عتقها، والقرعة لا تُثْبِتِ المشكوك فيه، وإنما تستعمل في تَعْيِينِ ما يستيقن أَصْلُهُ، ولو وجب الإقراع ها هنا لوجب فيما إذا قال لزوجته: «إن كان أول ما[3] تَلِدِينَهُ غلاماً؛ فأنت طالق فَوَلَدَتْ غلاماً وجارية واشتبه الحال، أن يُوقَفَ عنها، لأن ما يوجب الإقراع في العتق، يُوجِبُ الوقف في النِّكَاحِ؛ ألا ترى أنه لو أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ يُقْرَعُ بينهما إذا مات، ولو طَلَّقَ إِحْدَى ٱمْرَأَتَيْهِ يُوقَفُ عنهما، وكما لا يوقف عند الشك في أصل الطلاق

(١) في ز: وإن.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: ولد.

وجب، ألاَّ يقرع عند الشك في أصل العتاق، وفي مَسْأَلَةِ ٱلْغُرَابِ ٱلْمُسْتَشْهَدِ بها: أَصْلُ الحَنثِ مُسْتَيْقَنٌ فَأَقْرَعَ لِلْحُرِّيَّةِ.

قَالَ ٱلشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: هذا كله إذا ولدت في صِحَّةِ ٱلسَّيِّدِ، أَمَّا إذا ولدت في مرض موته، فَيَنْظُرُ إن كان الثلث يفي بالجميع؛ لم يختلف الجواب وإلاَّ كما إذا لم يكن له إلاَّ هذه الأمة، وما ولدت، فَيُقْرَعُ بين الغلام والأم فإن خرجت على الغلام عَتَقَ وَحْدَهُ إن خرج من الثلث، وإن خرجت على الأم قومت هي حاملاً بالغلام يوم ولدت الجارية أو [ولدتها][(١)] أولاً، وَيَعْتَقُ مِنْهَا ومن الغلام قَدْرَ الثلث فإن[(٢)] كانت قيمة الجارية مائة، وقيمة الأم حاملاً بالغلام مِائَتَيْنِ فَيُعْتَقُ نِصْفُهَا، ونصف الغلام، وقيمتهما مِائَةٌ ويبقى لِلْوَرَثَةِ النِّصْفَانِ مِائَة والجارية، وهي مائة أيضاً.

ٱلحَالَةُ ٱلثَّانِيَةُ: إذا كان الباقي لغيره فَيَعْتِقُ نَصِيبُهُ؛ لأنه جائز التَّصَرُّفِ، وقد وجه العتق على ملكه، ثم إن كان ٱلمُعْتِقُ مُوسِراً بقيمة باقي العبد؛ لَزِمَهُ قِيمَتُهُ للشَّرِيكِ ويعتق الباقي[(٣)] عليه، ويكون وَلاَءُ جميع العبد لَهُ، وإن كان مُعْسِراً بقي الباقي على مِلْكِ ٱلشَّرِيكِ وَلاَ يَسْرِي العتق إليه، لِمَا رُوِيَ عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أَنَّ النبي ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ ٱلْعَبْدِ قُوِّمَ عَلَيْهِ ٱلعَبْدُ قِيمَةُ عَدْلٍ فَأَعْطَىٰ شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُم وَعَتَقَ عَلَيْهِ ٱلعَبْدُ وَإِلاَّ فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ» وَيُرْوَى «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ عَتَقَ مَا بَقِيَ فِي مَالِهِ إِذَا كَانَ مَالُهُ يَبْلُغُ ثَمَنَ ٱلْعَبْدِ»[(٤)].

وعند أَبِي حَنِيفَةَ: لا تَقْوِيمَ ولا سرَايَةَ، ولكن إن كان المعتق موسراً؛ فَيُخَيَّرُ ٱلشَّرِيكُ بَيْنَ ثَلاَثَةِ أُمُورٍ:

أن يَعْتِقَ نَصِيبَ نَفْسِهِ، وأن يَسْتَسْعى العَبْدُ حَتَّى يؤدي قيمة نصيبه ويُعْتَقُ، وعلى التقديرين يكون وَلاَؤُهُ بينهما، وإن تَضَمَّنَ ٱلمُعتقُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ ثم المعتق يستسعي العبد فيما غَرِمَ فإذا أَدَّاهُ عَتَقَ، وكان جميع ٱلْوَلاَء له، وإن كان مُعْسِراً فلا يضمنه الشريك

---

(١) في ز: ولدتها. (٢) في أ: وإن.

(٣) استثنى الشيخ البلقيني مسائل لا غرم فيها على المعتق مع يساره:
منها: إذا وهب الأصل لفرعه شقصاً من رقيق وقبضه ثم أعتق الأصل الباقي على ملكه فإنه يسري إلى نصيب الفرع مع اليسار ولا يغرم له شيئاً على الأرجح.
ومنها: باع شقصاً من رقيق ثم حجر على المشتري بالفلس فأعتق البائع نصيبه فإنه يسري إلى الباقي الذي لو الرجوع فيه بشرط اليسار ولا يغرم له شيئاً لأن عتقه صادف ما كان له أن يرجع فيه.
ومنها: إذا كان لبيت المال شقص في رقيق فأعتقه الإمام فيحتمل السراية مع الغرم وعدمه وعدم السراية وهو واضح فلا استثناء.

(٤) متفق عليه.

ويتخير بين الخصلتين ٱلْأَوَّلِيَيْنِ، وليعلم لهذا قوله في الكتاب: «قَوَّم عليه الباقي» بالحاء، ثم إِنَّهُ ذَكَرَ أن التقويم بِأَرْبَعَةِ شُرُوط:

أَحَدُهَا: كون ٱلمعتقِ مُوسِراً، فلو كان مُعْسِراً لم يعتق نصيب ٱلشَّرِيكِ واستقر فيه تَبَعُّض الرق والحرية، وقد سبق أَحْكَامُ مَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ وَبَعْضُهُ رَقِيقٌ في أبواب، وأكسابه مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُ وبين السيد، فإن جَرَتْ مهايأة بينهما ٱكْتَسَبَ يوماً للسيد ويوماً لنفسه، أو استخدمه السيد يوماً وتركه يوماً، والمهايأة تكون بالتَّرَاضِي، ولا تَلْزَمُ على الأظهر، وقد سبق ذكر ذلك، وفي الشرط مَسَائِلُ:

إِحْدَاهَا: ليس المقصود من المُوسِرِ الذي يُعَدُّ من الأغنياء لكن إذا كان له من المال[1] ما يَفِي بقيمة نصيب شريكه، فيقوم عليه، وإن لم يملك غيره؛ لظاهر الخبر الذي تقدَّم وَيُصْرَفُ إلى هذه الجهة كل ما يباع ويصرف إلى الديون[2] فلا يبقى مسكنه وخادمه وكل ما يَفْضُلُ عن قُوتِ يومه وقوت من تلزمه نفقته، ودِسْتِ ثَوْب يلبسه، وَسُكْنَىٰ يَوْم وليس ٱلْيَسَارُ المُعْتَبَرُ في الباب كاليَسَارِ المُعْتَبر في الكَفَّارَةِ المُرَتَّبَةِ، وإلى هذا أشار بقوله في الكتاب: «كما في الديون التي عليه»، وٱلاعْتِبَارُ في اليَسَارِ بِحَالَةِ الإِعْتَاقِ فإن كان موسراً، حينئذ ثبت العتق، واستحقاق العتق في الباقي، وإن لم يكن مُوسِراً وقت الإعتاقِ ثم أَيْسَرَ؛ فلا اعتبار به، وقد استقر البعض.

ٱلثَّانِيَةُ: لو مَلَكَ ٱلمُعْتِقُ قِيمَةَ نصيب الشريك، ولكن عليه من الدَّيْنِ مثل ما يملكه أو أكثر، فهل يمنع الدَّيْنُ التَّقْوِيمَ عليه والسِّرَايَةَ؟ فيه قولان: كالقولين في أن الدَّيْنَ هل يمنع الزكاة؟ والجامع أن سرَايَةَ العتق حق الله تعالى، وهو متعلق بِحَظِّ الآدَمِيِّ كالزكاة.

وَالأَصَحُّ: أنه لا يمنع وجعل الشيخ أَبُو عَلِيٍّ ٱلْخِلاَفُ في المسألةِ وَجْهَيْنِ، وقال: من الأصحاب من قال: لا تقويم عليه؛ لأنه غير مُوسِرٍ بما يَمْلكُهُ بل هو فقير من فقراء المسلمين، وكذلك تَحِلُّ له الزكاة فإن أبرىء مِن الدَّيْنِ، لم يُقَوَّمْ عليه أيضاً كالمُعْسِرِ يُوسَرُ. وقال الأكثرون ومنهم[3] ٱبْنُ ٱلحَدَّاد: يُقَوَّمُ عليه؛ لأنه مالك لما في يده نَافِذُ التَّصَرُّفِ.

ولو اشترى به عبداً وأعتقه نفذ فكذلك يجوز أن يقوم عليه، فعلى هذا يُضَارِبُ الشريك بقيمة نصيبه مع الغُرَمَاءِ، فإن أصابه بالمُضَارَبَةِ ما يفي بقيمة جميع نصيبه فذاك، وإلاَّ اقْتَصَرَ على حِصَّتِهِ ويُعْتَقُ جَمِيعُ العبد إن قلنا: تَحْصُلُ السِّرَايَةُ بنفس الإعتاق، وإن قلنا لا تحصل بنفس الإعتاق فيعتق من نصيبه بقدر حِصَّتِهِ [أي التي جعلت من المضاربة][4] ويبقى الباقي رقيقاً، فإن حدث له بعد ذلك مالٌ لم يُقَوَّمْ عَلَيْهِ الباقي، لكن

---

(١) في أ: مال مكان «من المال».
(٢) في ز: التبعيض.
(٣) في أ: وفيهم.
(٤) سقط في: ز.

لو ظهر مال كان يملكه يوم الإعتاق ضَارَبَ الشريك بقيمة الباقي فيه إلى أن يعتق الجميع. ولو كان بين شريكين عبد قيمته عشرون، فجاء إنسان وقال لأحدهما: أَعْتِقْ نصيبك من هذا العبد عني على هذه العَشَرَةِ، وهو لا يملك غيرها فَأَجَابَهُ، عتق نَصِيبُهُ عن المُسْتَدْعِي ولا سرايَةَ؛ لأنه زال ملكه عن العشرة بما جرى، وهو لا يملك غيرها.

ولو قال: على عشرة في ذمتي فإن قلنا: إن الدَّيْنَ يمنع التقويم والسِّرَايَةَ لم يُقَوَّم عليه؛ لأنه يملك عشرة وعليه بالإلتماس والإجابة مثلها وإن قلنا: إنه لا يمنع فإن قلنا السِّرَايَةَ تحصل بنفس الإعتاق؛ عتق جميع العبد وتقسم العشرة بين الشَّرِيكَيْنِ بِالسَّوِيَّةِ، ويبقى لكل واحد منهما خُمُسُهُ في ذمته، وإن قلنا: لا تحصل السِّرَايَةَ بنفس الإعتاق فيعتق من نصيب الشريك بالسِّرَايَةِ حصة الخمسة، وهي: ربع العبد، ويبقى الباقي على الرق، وللشريك المستدعى منه خمسة في ذمته.

ولو كانت المسألة بحالها ولكن قيمة العبد عشرة وقلنا: الدَّيْنُ لا يمنع التقويم، فإن قلنا: السِّرَايَةَ تَحْصُلُ بنفس الإعتاق، فيعتق جميع العبد ويتضارب الشريكان في العَشَرَةِ أَثلاثاً؛ لأن المستدعى منه يستحق عشرة، وللآخر قيمة نِصْفِهِ وهي خَمْسَةٌ وإن قلنا لا تحصل بالإعتاق فيعتق منه بالسِّرَايَةِ بقدر حصته من العشرة، وهي: ثَلاثَةٌ وثُلُثٌ، وذلك ثلث العبد فينضم ما عَتَقَ باستدعائه، فيكون جميع ما عتق من العبد خَمْسَةَ أَسْدَاسِهِ، ولو كانت المسألة بحالها، لكن قيمة العبد: ثلاثون وقلنا: ٱلدَّيْنُ لا يمنع التقويم فإن قلنا تحصل السِّرَايَةُ بنفس الإعتاق فَيَعْتَقُ مِنَ ٱلْعَبْدِ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ النِّصْفُ بالاَسْتِدْعَاءِ والإِجَابَةِ، والثُّلُثُ؛ لأنه مُوسِرٌ بقيمة الثلث ويتضاربان في العشرة بِالسَّوِيَّةِ؛ وإن قلنا السِّرَايَةُ لا تحصل بالإعتاق فيعتق بالسِّرَايَة بقدر حِصَّتِهِ من العشرة وهي: خُمُسُهُ وَذَلِكَ سُدُسُ المال، فجملة ما يعتقُ من العبد ثُلُثَاهُ، ويجيء في هذه الصورة وجه: أَنَّهُ لا تقويم عليه بسبب آخر، وهو أنه مُوسِرٌ بقيمة بعض نصيب الشريك لا بقيمة كُلِّه، ويجيء ذكر هذا الخلاف في الفصل.

ولو مَلَكَ نِصْفَيْنِ من عبدين متساويي القيمة فأعتق نصيبه منهما، وهو موسر، بنصف قيمة أحدهما فَيُنْظَرُ إِنْ أَعْتَقَهُمَا معاً؛ عتق نصيبه منهما وسرى[1] إلى نصف نصيب الشريك من كل واحد منهما، فيكون جملة ما يعتق من كل واحد منهما ثَلاثَةَ أَرْبَاعِهِ، وهذا إذا حكمنا بالسِّرَايَةِ في الحال، وقلنا: إِنَّ اليَسَارَ بقيمة بعض النصيب يَقْتَضِي السِّرَايَةَ بالقسط[2]، وإن أعتق على الترتيب؛ سرى إلى جميع الأول، ثم إن قلنا

(١) في أ: ويسري.

(٢) قال الشيخ البلقيني: ما جزم به من أنه يعتق من كل واحد ثلاثة أرباعه يُتعجب منه مع ذكره عقب=

إن الدَّين يمنع السِّرَايَةَ؛ فلا سرَايَةَ في العبد الباقي؛ لأنَّ قيمة نصيب الشريك من الأوَّلِ دَيْنٌ عليه، وإن قلنا لا يمنع فيسرى وما في يده يصرف إلى الشريك، والباقي في ذمته، وإن كان الشقصان لشخصين صرف إلى كل واحد منهما نصفه.

ولو ملك الشقصين وَأَعْتَقَهُمَا معاً ولا مال له غيرهما، فلا سرَايَةَ؛ لأنَّه مُعْسِرٌ، وإن أَعْتَقَ على الترتيب فَيَعْتِقُ كُلُّ الأول؛ لأنَّ في نصيبه من العبد الآخر وفاء بباقي العبد الذي أعتق شقصه، ثم إذا أَعْتَقَ نصيبه من الباقي نَفَذَ العِتْقُ في نصيبه ولا سرَايَةَ؛ لأنَّهُ معسر، وَٱعْتُرِضَ عليه بأنه إذا وجب بإعتاق نصيبه من الأول قيمة نصيب الشريك؛ صار نصيبه من الثاني مُسْتَحقّ البيع لحق الشريك؛ لأنه لا يملك غيره، فوجب ألاَّ ينفذ إعتاقه فيه كما إذا أَعْتَقَ أحد الشريكين نصيبه من العبد المشترك، وقلنا: «لا سرَايَةَ في الحال، لا ينفذ من الشَّرِيكِ الآخر إعتاق نصيبه على الأصح؛ لتعلق حق الأوَّلِ به، وأجيب عنه بأن الحقَّ هناك تعلق بعين[1] ذلك النصيب؛ أَلاَ تَرَىٰ أنهما لو اتَّفَقَا على إقامة عبد آخر مقامه لا يجوز، وها هنا لم يتعلق بعتق نصيبه[2] من العبد الثاني لو أَدَّى المال من موضع آخر؛ يجوز.

قَالَ ٱلشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ هذا على [القول الذي يقول][3] إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه، وهو مُوسِرٌ عَتَقَ ٱلْكُلُّ في الحال، أما إذا قلنا لا يعتق إلاَّ بوصول[4] القيمة إليه فإذا أَعْتَقَ نَصِيبَهُ من الثاني نفذ[5] العتق وبطل التقويم؛ لأنه لم يبق له مال، وتعذر

= ذلك أنه إذا أعتق مرتباً يعتقان جميعاً، ويصرف ما في يده إلى الشريك، والباقي في ذمته وقياسه أن يقال: فيما إذا أعتقهما معاً أن يكون الحاكم كذلك، بل أولى؛ لأن العلقة في ذمته، وقياسه أن يقال فيما إذا أعتقهما معاً أن يكون الحاكم كذلك، بل أولى؛ لأن العلقة إذا لم تؤثر مع الترتيب؛ فلأن لا مؤثر مع المعية أولى، ولو قيل يقرع بين العبدين لكان أولى من هذين الرأيين؛ لأن الاعتبار لا يشقص بل يثبت القرعة ويدل لهذا أن المريض لو ملك نصفين من عبدين متساويي القيمة فأعتقهما في مرض موته، والصورة أنه يخرج من الثلث نصيباه، ونصيب أحد الشريكين فأعتق النصيبين معاً ففيها وجهان حكاهما المصنف تبعاً للبغوي وبه قال ابن الحداد يعتق من كل واحد ثلاثة أرباعه.

والثاني يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة عتق كله، ولم يعتق من الآخر إلا نصيبه؛ لأن القرعة مشروعة في العتق، ولا يصار إلى الشقص مع إمكان التكميل، قلت: الأصح عندي من الوجهين الثاني، ويقتضي ذلك أن تكون الفتوى في صورة الصحيح على الإقراع، وهو الأقرب الموافق للأحاديث الواردة في التكميل والقرعة.

(١) في ز: بغير.
(٢) في ز: بعين نفسه.
(٣) في ز: القولين.
(٤) في ز: لا يعتق الأصول.
(٥) في ز: بعد.

وصول القيمة إلى الثاني وهذا ليس بواضح، وينبغي أن يكون في ذمته إلى أن يجد، فإن مات معسراً، فسيأتي في التَفْرِيعِ على الأقوال، والمسألة التي قبلها من مولدات ٱبْنِ ٱلحَدَّادِ ـ رَحْمَةُ ٱللهِ عَلَيْهِ.

ٱلثَّالِثَةُ: إِذَا أَعْتَقَ أَحَدُ الشريكين نصيبه في مرض الموت؛ نُظِرَ إن خرج جميع العبد من ثلث ماله؛ قُوِّمَ عليه نصيب الشريك وعتق؛ لأن تصرف المريض في ثلث ماله كتصرف الصحيح في الجميع.

وعن أَحْمَدَ رِوَايَةٌ: أنه لا تقويم في حال المرض، وفي طريقة الصَّيْدَلاَنِيِّ: أن إعتاق الشقص في المرض لا يؤثر في الباقي، ويجوز أن يعلم لذلك قوله في ٱلْكِتَابِ: «إلا في قدر الثلث بالحاء والألف، فإنه لا استثناء على ما ذَكَرَاهُ وإن لم يخرج من الثلث إلاَّ نصيبه؛ عتق نصيبه، ولا تقويم، وإن خرج نصيبه وبعض نصيب الشريك قُوِّمَ عليه ذلك القدر»، ويجيء فيه خلاف نذكره في يسار المعتق ببعض نصيب الشريك دون بعض، وبالجملة فالمريض في الثُّلُثِ كالصحيح في الكل، وفيما زاد على الثُّلُثِ وهو مُعْسِرٌ.

واحتجَّ القَاضِي ٱلطَّبْرِيُّ وغيره باعتبار الثلث، على أن التقويم يكون بعد موت المريض؛ لأنَّ الثلث مُعْتَبَرٌ حالةَ الموت، حتى إذا لم يَفِ الثُّلُثُ بجميع العبد في حال إعتاقه، ثم استفاد مالاً ووفى عند الموت يقوم عليه جميع العبد، وفي «التَّهْذِيبِ» أنه لو ملك نصفين من عبدين متساويْ[1] القيمة فأعتقهما في مرض الموت؛ يُنظر إن خرج العبدان جميعاً من الثلث؛ عتقا سَوَاءٌ أعتقهما معاً، أو على الترتيب، وعليه قيمة نصيب الشريك، وإن لم يُخرِجْ من الثُّلُثِ إلاَّ نَصِيبَاهُ فإن أعتقهما معاً؛ عَتَقَ نَصِيبَاهُ وَلاَ سرَايَةَ، وإن أَعْتَقَهُمَا على الترتيب؛ عتق الأول بتمامه ولم يعتق من الثاني شيء؛ لأنَّه لزمه قيمة نصيب الشريك من الأول، فصار نصيبه من الثاني مستحق الصرف إليه، وإنْ خَرَجَ من الثلث نَصِيبَاهُ ونصيب أحد الشريكين فإن أَعْتَقَهُمَا على الترتيب؛ عتق جميع الأول، ولا يعتق من الثاني إلاَّ نصيبه، وإن أَعْتَقَهُمَا معاً فوجهان:

أحدهما: وبه قال ٱبْنُ ٱلحَدَّادِ: يُعْتَقُ من كل واحد ثَلاَثَةُ أَرْبَاعِهِ بعتق نصيباه، ونصف نصيب الشريك من كل واحد كما لو أعتقهما في الصحة وهو موسر بنصيب أحدهما.

والثاني: يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا فمن خرجت له القرعة؛ عتق كله ولم يعتق من الآخر إلاَّ نصيبه، لأن القرعة مشروعة في العتق، ولا يصار إلى التشقيص مع إِمْكَانِ التكميل[2]

---

(١) في ز: متساوين.

(٢) قال الشيخ البلقيني: لم يصحح شيئاً من الوجهين، ورَجح القاضي أبو الطيب في شرح الفروع: وجه ابن الحداد، وقال عن الوجه الآخر: إنه ليس بصحيح.

وإن لم يُخرِجْ من الثُّلُثِ إلاَّ أحد نصيبه فإن أعتقهما معاً فوجهان:

أحدهما: يَعْتِقُ من كل واحد نصف نصيبه، وهو رُبُعُ كُلِّ عَبْدٍ.

والثاني: يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة عُتِقَ منه جميع نصيبه ولا يعتق من الآخر شيء.

قال: وهذا أصحُّ، وظاهر اللفظ في أحكام هذه الصورة يَنْطَبِقُ على أَنَّ السِّرَايَةَ تحصل بنفس العقد، ولو أعتق النصيبين، ولا مال له إلاَّ النصيبان قال ٱلشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ في «ٱلشَّرْحِ»: إن أعتقهما على الترتيب؛ عتِقَ ثُلُثَا نصيبه من العبد الأول، وهو ثُلُثُ جَمِيعِ مَالِهِ وهو ثلث ذلك العبد ويبقى للورثة سُدُسُ ذَلِكَ العبد ونصف العبد الآخر، وإن أَعْتَقَهُمَا معاً ومات؛ أَقْرَعَ بينهما فمن خرجت له القرعة؛ عُتِقَ منه ثُلُثَا نصيبه وهو ثُلُثُ ماله.

ولو أَوْصَىٰ أحد الشريكين بِإِعْتَاقِ نَصِيبِهِ بعد موته فلا سرَايَةَ، وإن خرج كله من الثلث ـ لأن المال ينتقل بالموت إلى الوارث، ويبقى الميت مُعْسِراً، ولا تقويم على من لا يملك شيئاً وقت نُفُوذِ الْعِتْقِ في نصيبه، بل لو كان العبد كله له فأوصى بِإِعْتَاقِ بعضه فَأَعْتَقَ، لم يَسْرِ، وكذا لو دَبَّرَ أحدهما نصيبه فقال: إذا مت؛ فنصيبي منك حُرٌّ وإن قال في الوصية: أَعْتِقُوا نَصِيبِي وَكَمِّلُوا العتق فَيَكْمُلُ إن خرج العبد من الثلث، وإن لم يَخْرُجْ جَميعُهُ وَخَرَجَ منه شيء بعد النصيب؛ نَفَذَتْ وَصِيَّتُهُ في ذلك القدر.

وها هنا فائدتان:

إِحْدَاهُمَا: قال ٱلْقَاضِي أَبُو ٱلطَّيِّبِ: عندي إذا أوصى بالتَّكْمِيلِ فإنما يكمل باختيار الشريك، لأن التقويم إذا لم يكن مستحقاً؛ لا يصير مستحقاً باختيار المُعْتِقِ؛ ألا ترى أن المعتق لو كان معسراً ثم أيسر أو قال: قَوِّمُوهُ عَلَيَّ حَتَّى أستقرض لا يجبر الشريك عليه، والأكثرون أطلقوا الكلام إطلاقاً؛ وَوَجَّهَهُ ٱلْقَاضِي ٱلرَّوَيَانِيُّ[1] بأنه: مُتَمَكِّنٌ مِنَ التصرف في الثُّلُثِ، وإذا أوصى بالتكميل فقد ٱسْتَبْقَى لِنَفْسِهِ قدر قيمة العبد من الثُّلُثِ وكان مُوسِراً به.

والثَّانِيَةُ: ذَكَرَ ٱلإِمَامُ وَصَاحِبُ ٱلْكِتَابِ: أن صورة الوصية بالتكميل أن يقول: اشتروا نصيب الشريك، فأعتقوه فَأَمَّا إذا قال: أَعْتِقُوه عِتَاقاً سَارِياً فلا خير في هذه

(١) وهو في ذلك تابع لابن الصباغ فإنه حكى كلام القاضي، ثم قال: وَأصحابنا أَطْلَقُوا ذَلِكَ، وما قالوه له وجه صحيح؛ لأن التقويم لا يجب؛ لأن العتق وقع في حال زوال ملك الميت عن المال فجرى مجرى المعسر، فإذا أوصى بتكميله كانت قيمة النصف باقية على حكم تملكه فصار بمنزلة المعسر إذا أعتق. انتهى والذي قاله القاضي أبو الطيب متجه.

الوصية؛ لأنه لا سِرَايَةَ بعد الموت وإن أَعْتَقْنَا نصيبه، فالذي أتى به وصية بمحال، ولك أن تقول: إذا قال: ٱشْتَرُوا نصيبه وأَعْتِقُوه فهذا يتوقف على اختياره البيعَ لا مَحَالَةَ فيعود الأمر إلى ما ذكره القاضي أَبُو ٱلطَّيِّبِ؛ وإن كان لا يتوقف الأمر على اختياره، فلا يبعد أن يقال: إنه كان متمكناً من إعتاق نصيبه، والتوسل إلى عِتْقِ نصيب الشريك ببذل القيمة في حال صحته وفي مرضه أيضاً، إن كان يخرج العبد من الثُّلُثِ من غير اختيار الشريك، فَتَنْفُذُ وَصِيَّتُهُ بما كان يتمكن منه بنفسه.

ولو مَلَكَ نصفين من عبدين فأوصى بإعتاق نصيبه منهما بعد موته؛ يُعْتَقُ عَنْهُ النَّصِيبَانِ وَلاَ سِرَايَةَ. فلو قال مع ذلك: وكملوا العتق فيهما نُظِرَ إن خرج العبدان جميعاً من الثُّلُثِ كَمُلَ العِتْقُ فيهما، وإن خَرَجَ مع نصيبه الباقي من أَحَدِهِمَا دون الآخَرِ، ففيه طريقان مذكوران في «التَّهْذِيبِ»:

أحدهما: أنه على الوجهين فيما إذا أعتق في مرض الموت النَّصِيبَيْنِ ولم يَخْرُجْ من الثلث إلاَّ نصيباه مع[1] الباقي من أحد العبدين، ففي وجه يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه. وفي آخر: يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أُعْتِقَ بِتَمَامِهِ وَأُعْتِقَ مِنَ ٱلآخَرِ نَصِيبُهُ لاَ غَيْرُ.

وَٱلثَّانِي: القطع ها هنا بالقُرْعَةِ والفرق أنه قصد التكميل ها هنا حيث أوصى به فيراعى مقصوده[2] بقدر الإمكان.

الرَّابِعَةُ: إذا كان الشريك المُعْتِقُ مُوسِراً ببعض قيمة الباقي دون بعض ففيه وجهان عن رواية صَاحِبِ «ٱلتَّقْرِيبِ»:

أَصَحُّهُمَا - وَيُحْكَى عَنْ نصه - رضي الله عنه - في ٱلأُمِّ: أنه يسري إلى القدر الذي هو مُوسِرٌ به، مثل أن يجد نصف قيمته؛ يعتق به نصف الباقي؛ ليقرب حاله من الحرية والاستقلال.

والثاني: ٱلمَنْعُ؛ لأن تَقْوِيمَ ذلك القدر لا يفيده الاستقلال، وثبوت أحكام الأحرار من الوِلاَيَةِ، والشهادة، والإِرْثِ وغيرها، وأيضاً فلئلا[3] يتبعض عليه ملكه كالشفيع، إذا وجد بعض ثمن الشقص لا يَأْخُذُ قِسْطَهُ من الشقص.

ولو كان بين ثَلاَثَةٍ عبد فأعتق ٱثنان نَصِيبَهُمَا. وأحدهما موسر دون الآخر؛ يقوم نصيب الثالث على الموسر بلا خلاف.

---

(١) في أ: من.

(٢) في هامش أ: نصيبه.

(٣) في ز: قليلاً.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي أَنْ يُعْتَقَ بِاَخْتِيَارِهِ فَإِنْ وَرِثَ نِصْفَ قَرِيبِهِ فَعُتِقَ لَمْ يَسْرِ، وَإِنْ اتَّهَبَ أَوِ اَشْتَرَى سَرَى.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من شرط السِّرَايَةِ: أن يحصل العِتْقُ في نصيبه باختياره حتى لو وَرِثَ شقصاً من قريبه الذي يعتق عليه، فعتق لم يَسْرِ ولم يقوم عليه نصيب الشريك، بِخِلاَفِ ما إذا اشترى، وجملة القول فيه، أَنَّهُ إذا ملك بعض قريبه: الذي يُعْتَقُ عليه يعتقُ القدر الذي يملكه، وينظر، إن مَلَكَ لا باختياره كما إذا ورثه لم يَسْرِ؛ لأن التَّقْوِيمَ سبيله سبيل غَرَامَةِ الْمُتْلَفَاتِ، ولم يوجد منه صُنْعٌ وَقَصْدُ إِتْلاَفٍ، وإن مَلَكَهُ باختياره فإما أن يحصل الملك بطريق يقصد به اجْتِلاَبَ الملك أو بطريق لا يَقْصِدَ به التملك غالباً، لكنه يَتَضَمَّنُ حُصُولَ الملك.

أما الأول: فكالشِّرَاءِ، وَقَبُولِ الهِبَةِ، والوَصِيَّةِ فذلك يقتضي حصول السِّرَايَةَ كما لو تلفظ بالإِعْتَاقِ، وإن مَلَكَهُ بما يتضمن حصول الملك ولا يقصد به التملك غالباً، كما إِذَا كَاتَبَ عبداً فاشترى شقصاً ممن يعتق على سيده ثم عَجَّزَهُ السَّيِّدُ، فصار الشقص له، وعتق عليه، وفي السِّرَايَةِ وجهان:

أحدهما: يَسْرِي لاختياره وتسببه إلى الملك بِفَسْخِ اَلكِتَابَةِ.

وأشبههما: لا ـ وَيُحْكَىٰ عَنِ اَبْنِ اَلحَدَّادِ؛ لأنه لم يقصد التَّمَلُّكَ وإنما قصد التَّعْجِيزَ وحصل الملك ضمناً، وإن عجَّز المُكَاتِبُ نَفْسُهُ فلا يَسْرِي؛ لأنه حصل الملك، والعتق بغير اختيار السيد وتسببه كما في الإِرْثِ، ولو باع شقصاً ممن يعتق على وارثه، كما لو باع اَبْنَ أَخِيهِ بِثَوْبٍ؛ ومات وَوَارِثُهُ أَخُوهُ فوجد بالثَّوْبِ عيباً فرده واسْتَرَدَّ الشقص، وعتقَ عليه ففي السِّرَايَةَ الوجهان: في وَجْهٍ: يسري لتسببه إلى المِلْكِ بالفسخ. وفي وجه: لا ـ؛ لأن مقصوده رَدُّ الثوب لا استرداد العِوَضَ، وكذلك يجري اَلرَّدُّ في الثوب، والعِوَضُ[1] تَالِفٌ.

ولو وجد مُشْتَرِي الشقص به عيباً فرده فلا سرَايَةَ كما في الإِرْثِ، والخلاف في الصورتين شَبِيهٌ بالخلاف فيما إذا باع الكافر عبداً أَسْلَمَ في يده بثوب، ثم وَجَدَ بالثوب عيباً. هل له استرداد العبد؟!

ولو أَوْصَى لِزَيْدٍ بشقص مِمَّنْ يعتق على[2] وارث زيد، كما إذا أوصى له بجارية لزيد منها: ابن، أو أوصى له ببعض ابن أخيه، ومات زَيْدٌ قبل قَبُولِ الوَصِيَّةِ فَقَبِلَهَا اَبْنُهُ، أو أخوه عتق الشقص. وهل تَحْصُلُ السِّرَايَةُ ـ فيه وجهان:

---

(١) في أ: بألف.

(٢) في هامش أ: عليه.

أحدهما: نعم؛ لقصده التملك بالقبول[١] والأقرب لا لأن [بقبوله يدخل][٢] الشقص في ملك المُوَرِّثِ، ثم ينتقل إليه بالإرث[٣] ولو أوصى لزيد[٤] بشقص ممن يعتق عليه، فلا يعتق على وارثه، كما لو أوصى به بشقص من ابنه أو بشقص من أمه ووارثه أخوه من الأبِ فمات وَقَبِلَ ٱلوَصِيَّةَ أَخُوهُ؛ عتق ذلك الشقص على الميت، ويسري إن كان له تركة يفي ثلثها بقيمة الباقي لأن قَبُولَ وارثه، كقبوله في الحياة.

قال ٱلإِمَامُ: هكذا ذكره الأَصْحَابُ، وفيه وقفة؛ لأَنَّ القَبُولَ حصل من غير اختياره.

فرع: لو باع عبداً مِن ابن ذلك العبد ومِنْ أَجْنَبِيٍّ صَفْقَةً وَاحِدَةً عتق نصيب الابن وَقُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيب الشَّرِيكِ.

وعن أَبِي حَنِيفَةَ: لا يَضْمَنُ الأَجْنَبِيُّ شيئاً؛ لأن مِلْكَهُ لم يتم إلاَّ بِقبُولِ شَرِيكِهِ، وكأنه أَذِنَ له في إعتاق نصيبه ـ حكاه ٱبْنُ ٱلصَّبَّاغِ. .

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **(الثَّالِثُ) أَلاَّ يَتَعَلَّقَ بِمَحَلِّ السِّرَايَةِ حَقٌ لاَزِمٌ، فَإِنْ كَانَ تَعَلَّقَ بِهِ رَهْنٌ أَوْ كِتَابَةٌ أَوْ تَدْبِيرٌ أَوِ ٱسْتِيلاَدٌ فَفِي الكُلِّ خِلاَفٌ، وَٱلاَسْتِيلاَدُ أَوْلاَهَا بِالمَنْعِ، وَالتَّدْبِيرُ أَضْعَفُهَا.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا كَاتَبَا عَبْداً، ثم أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا فالصحيح المشهور أنه سرى، ويقوم[٥] نصيب الشريك عليه، وهل يقوم في الحال أو بعد العَجْزِ عن أداء نصيب الشريك، فيه اختلاف قول، يُذْكَرُ في ٱلْكِتَابَةِ بتفاريعه وعن صاحب «ٱلتَّقْرِيبِ» رِوَايَةُ وَجْهٍ أو قَوْلٍ: أَنَّه [لا][٦] يَسْرِي إذ لا سبيل إلى إبطال الكتابة، كما لا سبيل إلى فَسْخِهَا، ولأن السِّرَايَةَ تتضمن النقل إلى المُعتقِ والمُكَاتِبِ لا يُقْبَلُ ٱلنَّقْلُ.

الثَّالِثَةُ: إذا أعتق أَحَدُ الشريكين نَصِيبَهُ، ونصيب صاحبه مدبر. هل يقوم عليه نصيب الشَّرِيكِ؟ فيه قَوْلاَنِ:

أَقْوَاهُمَا: نَعَمْ؛ لأن المدبر كالقن في جواز البيع، فكذلك في التقويم.

والثَّانِي: لا؛ لأن التَّقْوِيمَ وَالسِّرَايَةَ لتكامل عتق العبد، وقد يثبت للمدبر سبب الحرية [فيجعل][٧] التَكَامُلُ به، وأيضاً فَلِئَلاً يبطل على الشريك قربةٌ مهّد سَبِيلَهَا.

قَالَ ٱلإِمَامُ: هذا شديد الشَّبَهِ عِنْدِي بِمَا إِذَا دَبَّرَتِ ٱلمَرْأَةُ العبد المصدق، ثم طلقها

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: بتدخل مكان، «بقبوله يدخل».
(٣) في ز: الإرث.
(٤) سقط في: ز.
(٥) في أ: ويقدم.
(٦) سقط في: ز.
(٧) في ز: فيحصل.

الزَّوْجُ قبل الدخول. ثم إن قلنا: لا يَسْرِي فلو رجع السيد عن التَّدْبِيرِ فهل يسري حينئذ؟ قال أَكْثَرُهُمْ: لا ـ كما لو أعتق وهو معسر ثم أيسر.

وعن رواية الشيخ أَبِي مُحَمَّدٍ رِوَايَةُ وَجْهٍ: أَنَّهُ يُسرى؛ لأنَّ منع السِّرَايَةَ كان على توقع العتق لموجب التدبير، وقد بطل ذلك التوقع، وعلى هذا فيحكم بالسِّرَايَةِ عند ارْتِفَاعِ التَّدْبِيرِ أم بتبين استنادها إلى وقت الإعتاق؟ فيه وجهان.

الرَّابِعَةُ: إذا أعتق نصيبه، وقد ثبت حكم ٱلاَسْتِيلاَدِ في نصيب الآخر بأن كان الآخر قد ٱسْتَوْلَدَهَا وهو مُعْسِرٌ، فهل يسري الإعتاق؟ حَكَى صَاحِبُ ٱلْكِتَابِ وَالإِمَامُ فيه اختلاف وجه، ٱلأَصَحُّ: المنع؛ لأن السِّرَايَةَ تَتَضَمَّنُ النَّقْلَ، وأم الولد لا تقبل النقل من مالك إلى مالك، وقد يوجه الآخر: بأن الإعتاق وسِرَايَتَهُ ينزل مَنْزِلَةَ الإِتْلاَفِ وَإِتْلاَفُ أم الولد يوجب القِيمَةَ.

ولو ٱسْتَوْلَدَهَا أحدهما، وهو معسر ووقف الاسْتِيلاَدُ ثم اسْتَوْلَدَهَا الثاني أيضاً، وثبت حكم الاسْتِيلاَدِ في نصيبه، ثم أعتقها أَحَدُهُمَا وهو مُوسِرٌ ففي السِّرَايَةِ ما ذكرنا، فإذا جعلنا هذه الأمور مانعة من السِّرَايَةِ ٱنْتَظَمَ أَنْ يُقَالَ: شرط السِّرَايَةِ ألا يَتَعَلَّقَ بِمَحَلِّهَا حَقٌّ لازم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **(الرَّابِعُ): أَنْ يَتَمَكَّنَ العِتْقُ مِنْ نَصِيبِهِ أَوَّلاً، فَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ نَصِيبَ شَرِيكِي لَغَا قَوْلُهُ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ نِصْفَ هَذَا العَبْدِ فَيُعْتَقُ جَمِيعُ نِصْفِهِ، وَلَكِنْ لَوْ قَالَ: بِعْتُ هَذَا العَبْدَ فَيُنْزَلُ عَلَى نِصْفٍ شَائِعٍ لِيَبْطُلَ فِي البَعْضِ أَوْ يُخَصَّصُ بِنَصِيبِهِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا فِي الإِقْرَارِ، وَالأَوْلَى تَخْصِيصُ البَيْعِ بِنَصِيبِهِ وَإِشَاعَةُ الإِقْرَارِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يُشْتَرَطُ في السِّرَايَةِ: أن يوجه المُعْتِقُ الإِعْتَاقَ على ما يملكه من العبد؛ ليتمكن العتق في نصيبه أولاً ثم يسري وذلك بأن يَقُولَ: أعتقت نصيبي من هذا العبد، أو النِّصْفَ الذي أَمْلِكُهُ، فلو قال: أَعْتَقْتُ نصيبَ شريكي، أو نصيبُ شريكي من هذا العبد حر، فهو[1] لَغْوٌ لا يؤثر في نصيب الشريك، ولا في نصيبه، وإن أَطْلَقَ وقال للعبد وهو يَمْلِكُ نصفه: أَعْتَقْتُ نِصْفَكَ، فعلام يحمل؟ ـ فيه وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: على النصف الذي يملكه، فإن الإنسان إنما يَعْتِقُ ما يملكه.

والثَّانِي: أَنَّهُ يَجْرِي ٱللَّفْظُ على إطلاقه ويُحْمَلُ على النصف شائعاً؛ لأنه لا

---

(١) هذا الذي جزم به من إلغاء إعتاق نصيب شريكه ظاهر فيما إذا لم ينو المتلفظ بما صدر منه عتق حصته فلو قصد ذلك قال ابن الرفعة: فالظاهر أنه يعتق إذا قلنا يستحيل السراية؛ لأن حصة شريكه تعتق بعتق حصته فكان ذلك كناية في عتق حصته.

يُخَصِّصُهُ بملك نفسه، وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ يعتقُ جميع العبد إذا كان موسراً.

أما على التَّقْدِيرِ الأَوَّلِ فَيعتقُ نَصِيبُهُ الذي يملكه، ثم يَسْرِي، وأمَّا على الثاني، فلأنه يعتق نصيب نصفه[1] وهو رُبْعُ العبد، ثم يسري إلى باقي نصيبه ثم [يسري][2] إلى نصيب الشريك.

قال الإِمَامُ: ولا يكاد يظهر لهذا الخلاف فائدة، إلاَّ أن يَفْرِضَ تعليق طلاق أو إعتاق بأن يقول: «إن أعتقت نصفي في هذا العبد فَامْرَأَتِي طَالِقٌ»، فإذا قلنا نِصْفُكَ حُرٌّ وقلنا بالوجه الأول؛ يقع الطلاق وإن قلنا بالثاني لا يقع، وإذا باع نصف العبد المُشْتَرَكِ بينه وبين غيره على المناصفة بِأَنْ قَالَ: بِعْتُ النصف الذي أملكه من هذا العبد، أو نصيبي منه، وهما يَعْلَمَانِ قَدْرَهُ؛ فلا إِشْكَالَ، وإن أَطْلَقَ وقال: بِعْتُ نصفه فوجهان:

أَحَدُهُمَا: تَنْصَرِفُ اللَّفْظَةُ إلى ما يملكه، فإن الذي يقدم على بيعه ما يملكه.

والثَّانِي: يقع شائعاً لإِطْلاَقِ اَللَّفْظِ؛ فعلى هذا يكون بَائِعاً لنصف نصيب الشريك، فلا يَصِحُّ البيع فيه، ولنصف نصيبه فيكون على تفريق الصَّفْقَةِ.

ولو أَقَرَّ لإنسان بنصف العبد المشترك، ففيه هذان الوجهان، فإن قلنا بالأول فقد أَقَرَّ بنصف المعروف به، وإن قلنا بالثاني، فقد أَقَرَّ بِنِصْفِ نَصِيبِ نَفْسِهِ ونصف نصيب [شريكه][3].

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: يُحْمَلُ اَلنِّصْفُ المُطْلَقُ في البيع على ما يملكه؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يَبِيعُ ما لا يملكه، وفي الإقرار على الإِشَاعَةِ؛ لأن الإقرار إخبار، ولا يمنع أن يُخْبِرَ أن ما في يد زَيْدٍ مِلْكُ عَمْرٍو وَاَسْتَحْسَنَ الإِمَامُ هذا الفرق، وبه أَجَابَ صَاحِبُ الكتاب فقال: «والأولى تخصيص البيع بنصيبه، وإِشَاعَةُ الإقرار» وفي «التَّهْذِيبِ» أن الأصح في البيع أيضاً الحمل على الإِشَاعَةِ[4]. والله أعلم.

فَرْعَانِ: مِنَ اَلمُوَلَّدَاتِ:

أحدهما: إذا قال أحد الشريكين للعبد: إذا دخلت دار كذا، فأنت حر، أو فنصيبي منك حر، وقال للآخر مِثْلَ ذلك، فإذا دخلها عتق على كل واحد منهما نصيبه، ولا تَقْوِيمَ؛ لِأَنَّ النصيبين عتقا دُفْعَةً واحدة وإنما يُقَوَّمُ، إذا تقدم إِعْتَاقُ أحدهما، ولا

---

(١) في ز: نصيبه. (٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: شريكه.

(٤) قال النووي: الراجح قول أبي حنيفة والله أعلم كلام المصنف هنا مخالف لما ذكره في كتاب الإقرار من زوائده أن أفقه الوجهين حمله على ما يملكه.

فرق بين أن يكونا مُوسِرَيْن أو مُعْسِرَيْن أو أحدهما موسراً، والآخر معسراً، وكذا لو قال أحد الشريكين للعبد: إذا كَلَّمْتَ فلاناً فنصيبي منك حُرٌّ وقال للآخر: إذا شَتَمْتَهُ فنصيبي منك حر فَشَتَمَهُ؛ يعتقان معاً. وكذا الحكم لو وَكَّلاَ رَجُلاً بالإِعْتَاق فَأَعْتَقَ كله دفعة واحدة، ولا أثر لوقوع التعليقين أو التوكيلين في وقتين مختلفين، وإنما العبرة[1] بوقت الوقوع؛ ألا ترى أنه لو قال لاْمْرَأَتِهِ قبل الدخول: إذا دَخَلْتِ ٱلدَّارِ فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً ثم قال بعد ذلك: إِذَا دَخَلْتِهَا، فأنت طالق طلقتين فإذا دخلتها؛ تطلق ثلاثاً كما لو قال: فأنت طالق ثلاثاً.

الثاني: إذا قال أَحَدُ الشريكين للعبد المُشْتَرَكِ: أَنْتَ حُرٌّ قبل موتي بشهر [ونجز][2] الآخر عتقه بعده بيوم مثلاً فله أحوال:

إِحْدَاهَا: أن يموت المُعَلِّقُ لما دون شهر من وقت التعليق؛ فَيَعْتِقُ ٱلعَبْدُ كُلُّهُ على الثاني المنجز إن كان موسراً؛ لأنه لا يمكن، والحالة هذه أن يعتق بالتَّعْلِيقِ؛ لأنه لو عتقَ بالتعليق؛ لعتق عتقاً مُتَقَدِّماً على الموت بشهر ولو عتق هكذا؛ لعتق قبل التعليق، وكذا الحكم لو مات بعد مضي شهرين من أول شروعه في لفظ التعليق بلا زيادة، وما لم يَمْضِ شهر من وقت تمام التعليق لا يمكن أن يعتق بالتعليق.

الثَّانِيَةُ: إذا مات لأكثر من شهر[3] من وقت التعليق بأيام؛ يُعتقُ جَمِيعُهُ على الثاني أيضاً؛ لأن العتق بالتعليق يتقدم على الموت بشهر لا يَنْعَطِفُ أكثر من ذلك، وإعتاق المُنْجِزِ يتقدم على الشهر المتقدم على الموت فيؤخذ قيمته نصيب المعلق من المنجز، ويُدْفَعُ إلى ورثة المُعَلِّق.

هذا إذا قلنا: السِّرَايَةُ تحصل بالإعتاق، أو قلنا بالتبيين، وإن قلنا: إنها تحصل عند أداء القيمة، فإذا سَبَقَ وقت العتق بالتعليق أداء القيمة؛ كان في نفوذ العتق عن المعلق وجهان. على ما سنذكره في تفريع أقوال السِّرَايَةِ.

الثالثة: إذا مات على رأس شهر من تمام صِيغَةِ التَّعْلِيقِ فيعتق جميع العبد على الأول؛ لتقدم ترتب العتق بالتَّعْلِيقِ على التنجيز.

الرابِعَةَ: إذا مات على رَأْسِ شهر من تمام كلام المنجز؛ فيعتق على كل واحد منهما نصيبه، ولا تقويم لوقوع العِتْقَيْنِ معاً.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **ثُمَّ إِذَا وُجِدَتِ الشُّرُوطُ فَتَتَعَجَّلُ السِّرَايَةُ عَلَى قَوْلٍ، وَيَتَوَقَّفُ عَلَى أَدَاءِ القِيمَةِ عَلَى قَوْلٍ، وَعِنْدَ الأَدَاءِ يَتَبَيَّنُ إِسْنَادُ العِتْقِ عَلَى قَوْلٍ وَيَنْبَنِي عَلَى الأَقْوَالِ مَسَائِلُ:**

---

(١) في أ: العمدة.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في أ: شهرين.

(الأَوْلَى) فِي تَعْجِيلِ تَسْرِيَةِ ٱلاَسْتِيلادِ تَجْرِي فِيهِ الأَقْوَالُ، وَالعِتْقُ أَوْلَى بِالتَّعْجِيلِ لِأَنَّهُ تَنْجِيزٌ، وَقِيلَ: عَكْسُهُ لِأَنَّ ٱلاَسْتِيلاَدَ فِعْلِيٌّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: متى تَثْبُتُ السِّرَايَةُ حيث يحكم بها فيه ثلاثة أَقْوَالٍ: أَصَحُّهَا ـ وبه أَجَابَ في «اختلاف الحديث»، و«اختلاف العِرَاقِيِّينَ» و«كتاب الوَصَايَا» أنها تثبت بنفس إعتاق الشريك، وبه قال أَحْمَدُ؛ لما روى أنه ﷺ قال: «إِذَا كَانَ ٱلْعَبْدُ بَيْنَ ٱثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ وَكَانَ لَهُ مَالٌ فَقَدْ عَتَقَ كُلُّهُ»(١). وَيُرْوَىٰ: «فَهُوَ حُرٌّ كُلُّهُ» وَيُرْوَى «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ قِيمَةَ ٱلْعَبْدِ فَهُوَ عَتِيقٌ»(٢) ولأن يساره بقيمة الباقي أقيم مقام كون الباقي له في ٱقْتِضَاءِ السِّرَايَةِ فيحصل بنفس اللفظ كما لو أَعْتَقَ بَعْضَ عبده، ولأن الباقي مُقَوَّمٌ عليه على ما مر في الخبر، والتقويم عليه يُشْعِرُ بِحُصُولِ ٱلاتلاف.

والثاني: ويحكى عن القديم وغيره وبه قال مَالِكٌ: أن السِّرَايَةَ لا تحصل إلاَّ إِذَا أَدَّى قيمة نصيب الشريك؛ لأن التقويم لإزالة الضرر عن العبد والشريك، وفي إزالة ملك الشريك قبل حصول العوض إِضْرَارٌ به، فإنه قد يَفُوتُهُ بِهَرَبٍ وغيره، والضَّرَرُ لا يزال بالضَّرَرِ ولذلك نقول: يتوقف التملك بالشُّفْعَةِ على تسليم العوض.

والثَّالِثُ: أنا نَتَوَقَّفُ فإن(٣) أَدَّى القيمة؛ بَانَ حصول العتق من وقت اللفظ، وإن فَاتَ؛ تَبَيَّنَّا أنه لم يُعْتَقْ، وَوُجِّهَ بِأَنَّ الحكم بالعتق يَضُرُّ بالسيد [والتأخير](٤) إلى أداء القيمة يضر بالعبد، والتَّوَقُّفُ أقرب إلى العدل، ورعاية الجانبين، وهذا القول فيما ذكر بعضهم مُخَرَّجٌ للأصحاب. والأكثرون قالوا: هو منصوص في البويطي وَحَرْمَلَةَ، ويجوز أن يعلم لما بينا قوله في الكتاب: «فَتَتَعَجَّلُ السِّرَايَةُ» بالميم.

وقوله: «وَيَتَوَقَّفُ عَلَى أَدَاءِ ٱلقِيمَةِ» بِٱلأَلِفِ وقوله: «ويتبين إسناد العتق». بهما جميعاً. وَٱعْلَمْ أنه ساعد المُزَنِيُّ على اختيار القول الأول مُعْظَمُ ٱلأَصْحَابِ ـ رحمهم الله تعالى ـ لكن ضَايَقُوه في التوجيه والتعليل على دَأْبِهِمْ مَعَهُ، وأكثر ما احتجَّ به من الوجوه يصلح للترجيح ولم أُطَوِّلْ بِحِكَايَتِهَا فيتعلق بالأقوال، وَيَتَفَرَّعُ عليها مسائل مذكورة في

---

(١) هكذا أطلق وقيده في المطلب بما إذا كان موسراً ورأينا تعجيل السراية، فإن قلنا: بتوقفها على دفع القيمة عتقت حصته، وهل يعتق حصة شريكه على الشريك أو لا يعتق ويوقف عتقها على أحد قيمتها من تركة المعلق، ينبغي أن يكون فيه خلاف مأخذه إن عتق الشريك هل ينفذ قبل دفع القيمة أم لا.

(٢) متفق البخاري [٢٤٩١ ـ ٢٥٠٣ ـ ٢٥٢١ ـ ٢٥٢٢ ـ ٢٥٢٣ ـ ٢٥٢٤ ـ ٢٥٢٥]، مسلم [١٥٠١] عليه بهذه الألفاظ كلها وزيادة.

(٣) في ز: فإذا.

(٤) في ز: وبالتأخر.

الكتاب وغير[(١)] مذكورة، ونقدم ما في الكتاب.

فمنها: إذا أولد أحد الشريكين الجارية المُشْتَرَكَةَ منهما بالسوية، فإن كان مُوسِراً سَرَى ٱلاسْتِيلاَدُ كالعتق، وسرى بنفس العلوق أو عند أداء القيمة أو يَتَبَيَّنْ بأدائها حصول السِّرَاية عند العلوق، فيه الأقوال المذكورة في العتق.

وهل بين العتق وٱلاسْتِيلاَدِ تَرَتُّبٌ أَمْ يَسْتَوِيَانِ؟ وبتقرير الترتيب فَٱلْعِتْقُ بِالسِّرَايَةِ أَوْلَىٰ، أو الاستيلاد؟ فيه الاخْتِلاَفُ المذكور في الرهن، وعلى الأقوال يجب على ٱلْمُسْتَوْلِدِ نِصْفُ المهر للشريك مع نصف قيمة الجارية. ثم إن قلنا: بحصول المِلْكِ بأداء القيمة؛ فيجب مع ذلك قسط نصيب الشريك من الولد.

وإن قلنا: يحصل بِٱلْعُلُوقِ أو قلنا: بالتَّبْيِين فقد حكى الإِمَامُ خلافاً للأصحاب في أنه يثبت بعد العتق أو قبله إن قلنا بعده؛ وجب نصف قيمة الولد أيضاً، وإن قلنا قَبْلَهُ لم يجب، وهذا ما أجاب به في «ٱلتَّهْذِيبِ»[(٢)] ولو وَطِئَهَا الثاني قبل أداء القيمة؛ فإن أَثْبَتْنَا السِّرَايَةَ بنفس العلوق فعلى الثاني كَمَالُ المهر للأول، وللثاني على الأول نِصْفُهُ فيقع نصف المهر للتقاص[(٣)] وإن قلنا: يحصل عند أداء القيمة؛ فعليه نصف المهر وله على الأول نصفه، فيقع في التقاص إن كان الذي أَوْلَدَ مُعْسِراً ثبت الاسْتِيلاَدُ في نصفه، ونصف الآخر قن ويكون الولد حراً كله، أو يَتَبَعَّضُ فيه الرق والحرية. فيه وجهان أو قولان، والصُّورَةُ مذكورة في الكتاب مشروحة في أحكام ٱلْغَنَائِمِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ): عَبْدٌ بَيْنَ ثَلاثَةٍ لِأَحَدِهِمْ ثُلُثُهُ وَلِلآخَرِ سُدُسُهُ فَأَعْتَقَا وَسَرَىٰ رُؤُوسِهِمَا فَالقِيمَةُ لِلسِّرَايَةِ عَلَى عَدَدِ أَوْ عَلَى قَدْرِ مِلْكِهِمَا فِيهِ قَوْلاَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَبْدٌ بين ثلاثة ـ لِأَحَدِهِمْ نصفه وللآخر ثلثه والثالث سُدُسُهُ، فأعتق أحدهم نصيبه وهو مُوسِرٌ يسري العتق إلى نصيب الشريكين؛ وإن كان مُوسِراً ببعض

---

(١) في أ: غيره.

(٢) قال في القوت: وقع في نسخ كتاب الرافعي على كثرتها تحريف من ناقله، وتبعها في الروضة فقال وإن قلنا يحصل بالعلوق أو قلنا بالتعيين فهل يثبت بعد العتق أو قبله وجهان والصواب أن يقال فهل يثبت بعد العلوق وهو كذلك في الشرح الصغير والنهاية وغيرهما، وجرى عليه في الخادم وقال إن الرافعي ذكره على الصواب في باب وطء الأب جارية ابنه قال: أعني ـ صاحب الخادم ـ إن الراجح ما أجاز في التهذيب فقد جزم به في المحرر ونقل في البحر في باب أمهات الأولاد عن ترجيح القاضي أبي حامد.
وقال في الإيضاح إنه الأصح كما قلنا في إحبال الأب جارية الابن، فالحاصل أنّا هل نقدرانتقال الملك بعد العلوق أو مع العلوق والمعلول بترتيب على العلة أو مع العلة، انتهى.

(٣) في ز: من التقابض.

قيمة الباقي، وقلنا بالصحيح قُوِّمَ عليه بنسبة المقدور عليه من نصيب كل واحد منهما، فإذا كان مُوسِراً بِثُلُثِ الباقي قُوِّمَ عليه ثُلُثُ نصيب كل واحد منهما.

ولو أَعْتَقَ ٱثْنَانِ مِنْهُم نَصِيبَهُمَا معاً أو علقا بشرط واحد، أو وَكَّلاَ رجلاً بالإعتاق عنهما فأعتق نصيبهما دَفْعَةً وَاحِدَةً، فإن كان أَحَدُهُمَا مُوسِراً قُوِّمَ عليه نصيب الثالث، وإن كانا مُوسِرَيْنِ قُوِّمَ نصيب الثالث عليهما. وكيف يقوم عليهما؟ فيه طريقان:

أحدهما: أن فيه قولين:

أحدهما: أنه يجعل القيمة عليهما بالسَّوِيَّةِ.

والثاني: أنها تجعل عليهما على قدر ٱلمِلْكَيْنِ فإذا أعتق صاحب النصف وصاحب السدس، غُرِمَ صاحب النصف ثلاثة أَرْبَاعِ قيمة الثلث، وصاحب السدس ربعها.

قال في «ٱلنِّهَايَةِ». والقولان مبنيان(١) على أن الشُّفْعَةِ على عدد الرؤوس أو على قدر ٱلأَنْصِبَاءِ.

والثاني: القطع بِأَنَّها على عدد الرؤوس بخلاف الشُّفْعَةِ على أحد القولين، وفرق بينهما: بأن الأخذ بالشُّفْعَةِ من فوائد الملك، ومرافقة، فيكون على قدر الملك كالثمرة والنتاج والقيمة الواجبة ها هنا سبيلها سبيل ضمان المتلفات، وفي ضَمَانِ ٱلإِتْلاَفَاتِ لا يفرق الحال بين أن تقل الجِنَايَةُ أَوْ تَكْثُرُ؛ أَلاَ تَرَى أنه لو جرح واحد جراحة، والآخر جراحات فمات المجروح منها تكون الدِيَّةُ عَلَيْهِمَا بِالسَّوِيَّةِ. وهذه الطريقة أظهر باتفاق فرق الأصحاب لكن الإمام ٱرْتَضَىٰ طَرِيقَةَ القولين وهي التي أَوْرَدَهَا صاحب الكتاب، وعن مَالِكٍ روايتين كالقولين.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **(الثَّالِثَةُ): إِذَا حَكَمْنَا بِتَأَخُّرِ السِّرَايَةِ فَيَجِبُ أَقْصَى قِيمَتِهِ مِنْ يَوْمِ الإِعْتَاقِ إِلَى يَوْمِ الأَدَاءِ، وَقِيلَ بَلْ يُعْتَبَرُ يَوْمُ الأَدَاءِ، وَقِيلَ بَلْ يَوْمُ الإِعْتَاقِ، وَإِنِ ٱخْتَلَفَا فِي قَدْرِ القِيمَةِ فَالقَوْلُ الصَّحِيحُ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ الغَارِمِ إِلاَّ أَنْ يَدَّعِيَ الغَارِمُ نَقِيصَةً طَارِيَةً فَيَخَرَّجُ عَلَى قَوْلَيْ تَقَابُلِ الأَصْلَيْنِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إن قلنا: السِّرَايَةُ تحصل بنفس الإِعْتَاقِ أو قلنا [بالتبيين](٢)؛ فتعتبر قيمة يوم الإعتاق، وإن قلنا بتأخرها إلى الأداء فقد حكى الإِمَامُ وَصَاحِب الكتاب وُجُوهاً:

أَحَدُهَا: أن المُعْتَبَرَ قيمة يوم الأداء؛ لِأَنَّ ٱلتَّلَفَ يَحْصُلُ يومئذ.

---

(١) في أ: يبنيان.

(٢) سقط في: ز.

والثاني: يَعْتَبِرُ يَوْمَ الإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّ ٱلْحَجْرَ عَلَى المالك يَحْصُلُ يومئذ.

وَٱلثَّالِثُ: أنه يُعْتَبَرُ أَقْصَى القيم من يوم الإعتاق إلى يوم الأداء؛ لِأَنَّ الإِعْتَاقَ سَبَبٌ يدوم أَثَرُهُ إلى التلف، فيكون بمثابة [جراح][1] العبد ومن جَرَحَ عبداً ثم مَاتَ بعد مدة؛ يعتبر أقصى القيم من يوم الجرح إلى يوم الموت، وكذا إذا غصب عبداً وتلف في يده أقصى القيم لأنا ننزل[2] الغصب منزلة التسبب إلى التلف وهذا ما رَآهُ الإِمَامُ الصواب وَنَظْمُ ٱلْكِتَابِ يَقْتَضِي تَرْجِيحه؛ لكن الذي أورده أكثرهم [قيمة يوم الإِعْتَاقِ][3] وَوَجَّهُوهُ بِأَنَّ ٱلإِعْتَاقَ. هو السبب المُوجِبُ للتقويم، فإن تَأَخَّرَ التقويم فهو كالمفوضة يجب لها مهر المثل بالدخول، باعتبار يَوْمِ ٱلْعَقْدِ؛ لأن ٱلْبِضْعَ دخل في ضَمَانِهِ يَوْمَئِذٍ، وعلى أن في المفوضة وجهاً آخر: أَنَّهُ يُعْتَبَرُ يَوْمَ الإصابة.

ولو اختلفا في قيمة العبد فَقَالَ ٱلمعتقُ: قِيمَتُهُ مائة وقال الشَّرِيكُ: بل مائتان، فإن كان العبد حاضراً والعهد قريب فُصِلَ الأمر بِمراجعة المُقَوِّمِين، وإن مات العبد أو غَابَ أو تَقَادَمَ العهد فمن المصدق منهما باليمين. فيه قولان:

أَصَحُّهُمَا ـ وهو اختيار المُزَنِيُّ: العتق[4] ـ لِأَنَّهُ ٱلْغَارِمُ وهذا كما أنه إذا اختلف الغاصب والمالك في قيمة المغصوب بعد تلفه يُصَدَّقُ الغَاصِبُ.

والثاني: أن المصدق ـ الشريك؛ لأن المعتق يتملك عليه قهراً، فيصدق المتملك عليه كما إذا اختلف الشفيع مع المشتري في الثمن المأخوذ به يصدق المشتري وَعَلاَمَ يبني القولان؟ قال أكثرهم: هما مبنيان على أن السِّرَايَةَ تتعجل بِٱللَّفْظِ، أو تتأخر إلى أداء القيمة، إن قلنا: تتعجل فالمصدق المعتق؛ لأنه غَارِمٌ وإن قلنا: يتأخر فالمصدق الشريك؛ لأن ملكه باقٍ فلا يُنْتَزَعُ إلاَّ بما يقوله، كما في المُشْتَرِي مع الشفيع. وعن ٱلْقَفَّالِ: أن القولين جاريان سواء قلنا: بتعجل السِّرَايَة أو تأخرها، وهما كما نص الشَّافِعِيُّ ـ رضي الله عنه ـ فيمن ٱشْتَرَى عبدين ومات أحدهما عنده ووجد بالآخر عيباً، وقلنا: إن له أن يفرده بالرد ويسترد حِصَّتَهُ من الثمن، [فلو اختلفا في قيمة العبد ليعرف حصة المردود من الثمن] فقد ذكر قولين:

أحدهما: أن المصدق البائع ـ؛ لأنه يملك[5] جَمِيعَ الثمن، والآن يحتاج إلى الرد فهو غَارِمٌ.

والثاني: أن المصدق المشتري، لأن البائع يدعى عليه أنك تملكت العبد التالف

---

(١) في ز: خراج.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في أ: والثاني مكان «قيمة يوم الاعتلاف».
(٤) في أ: العتق.
(٥) في ز: مَلَكَ.

بِثُلُثِي ٱلثَّمَنِ مثلاً وهو يقول: تملكته بالنصف. قال ٱلصَّيْدَلاَنِيُّ: وفائدة الطريقتين في الأب إذا استولد جَارِيَة ابنه؛ فإن بنينا القولين على أَنَّ السِّرَايَةَ متى تحصل، وهناك[١] المصدق في قيمة الجارية الأب؛ لأنه ليس هناك قول أَنَّ ٱلاَسْتِيَلادَ يتوقف على أداء القيمة، وإن لم يبن على ذلك الأصل فها هنا أيضاً قولان:

أحدهما: يصدِّقُ الأب، لأنه غَارِمٌ.

والثاني: الابن - إذ الأصل ألاَّ يستحق إلاَّ بما يزعم، ولو اختلفا في صِفَةٍ في العبد تَزيد بها القيمة، وهما متفقان على قيمته، لو لم توجد تلك الصفة. مِثْلُ: أن يَدَّعِي الشريك أنه كان خبازاً وأنكر المعتق، فإن كان العبد حاضراً، وهو يحسن ٱلصَّنْعَةَ ولم يَمْضِ من الزمان بعد الإِعْتَاقِ ما يمكن تعلمها فيه؛ فَيُصَدَّقُ ٱلشَّرِيكِ. وإن مضى من الزمان ما يمكن التعلم فيه، أو كان العبد غائباً أو ميتاً فَطَرِيقَانِ:

أحدهما: أن في المصدق منهما قَوْلاَنِ، لأنهما مختلفان في قدر القيمة كما في الصورة السابقة:

وَأَصَحُّهُمَا - وبه قال أَبُو إِسْحَاقَ: ٱلْقَوْلُ قول المعتق؛ لأن الأصل عدم الصفة التي يدعيها الشريك [وبراءة ذمته عن الزيادة التي يدعيها الشريك][٢] وَلاَ يُقْبَلُ قول العبد على الشريك: إني لست بِخَبَّازٍ؛ لأنه قد يكتم ٱلصَّنْعَةَ ولا على المعتق أني أحسنها بل يجرب، ولو اختلفا في عيب بالعبد [ينقص القيمة][٣]؛ يُنْظَرُ إِنِ ٱدَّعى المعتق عيباً في أصل الخلقة بأن قال: كان أَكْمَهَ أو أَخْرَسَ. وقال الشريك: بل كان بصيراً ناطقاً، وقد غاب العبد أو مات فَيُصَدَّقُ ٱلْمُعْتِقُ بيمينه، لأن الأصل براءة ذِمَّتِهِ، والأصل عَدَمُ ما يدعيه الشريك، ومنهم من يجعله[٤] على قولين، كما إذا اختلفا في مقدار القيمة مطلقاً، والظاهر الأول لكن خَصَّصَهُ في «ٱلتَّهْذِيبِ» بما إذا ٱدَّعَىٰ [النقصية][٥] في الأعضاء الظاهرة أما إذا ادعاها في الأعضاء الباطنة، فهو على القولين فيما إذا ادعى حدوث العيب بعد أصل السَّلاَمَةِ، والفرق أن في الأعضاء الظاهرة يتمكن الشريك من إثبات السلامة، وإن ادعى حدوث عيب بعد السلامة: بأن زعم ذِهَابَ بَصَرِهِ، أو كونه آبِقاً أو سَارِقاً فَقَوْلاَنِ:

أحدهما: أنه يُصَدَّقُ ٱلْمُعْتِقُ؛ لأَنَّ الأصل بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ.

وَأَصَحُّهُمَا: [على][٦] ما ذكره الرُّوْيَانِيُّ، و«صاحب التَّهْذِيبِ»: أن المصدق

---

(١) في ز: فهناك.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: تنقص بالقيمة.
(٤) في ز: جعله.
(٥) في ز: النقيصة.
(٦) سقط في: ز.

الشريك لأن الأصل عدم حدوث العيب، وعن ٱلمَاسَرْجَسِيِّ: بناء القولين على أن السِّرَايَةَ تتعجل أو تتأخر إن تعجلت صدق المعتق؛ لأنه غارم وإلاّ فلا وقد سبق مثله، وخصص بعضهم القولين بما يشاهد، ويطلع عليه وقطع فيما لا يشاهد بتصديق الشريك لِعُسْرِ إِثْبَاتِهِ بالبينة.

وقوله في ٱلكِتَابِ: «فَيخرج على قولي تقابل الأصلين» المقصود منه ما بينه الإمام وصاحب الكتاب فِي «ٱلْوَسِيطِ»: وهو أنه ليس المعنى تقابل الأصلين نفارهما بحيث يستحيل الترجيح؛ لأن التعارض المحقق؛ يقتضي سقوط القولين ولا بد من الفتوى بأحدهما، وتَخْيِيرِ المعْنَىٰ بين مُتَنَاقِضَيْنِ لا وجه له. ولكن يُطْلَبُ التَّرْجِيحُ من وجه آخر، سوى استصحاب الأصول، فإن لم يظهر وَجَبَ التَّوَقُّفُ إلى أن يظهر. نعم خُصِّصَتِ المَسَائِلُ التي يتدانى فيها مأخذان، ويتقابل أصلان بحيث يَدِقُّ فيها الترجيح بهذا ٱللَّقَبِ وذلك كوجوب فطرة العبد المنقطع خبره، فالأصل بَرَاءَةُ ٱلذِّمَّةِ من جانب وبقاء الحياة من جانب، وكما في دعوى حدوث العيب في الفصل [بأن][1] الأصل عدم الحدوث من جانب، وبراءة الذمة من جانب، فإن لم يسلم الغَارِمُ أصل السلامة خرجت الصورة عن قالب التقابل.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الرَّابِعَةُ): إِنْ مَاتَ المُعْتِقُ قَبْلَ الأَدَاءِ عَلَى قَوْلِ التَّوَقُّفِ فَالقِيمَةُ فِي تَرِكَتِهِ، وَإِنْ مَاتَ العَبْدُ فَفِي سُقُوطِ القِيمَةِ وَجْهَانِ، وَلاَ يَنْفُذُ بَيْعُ الشَّرِيكِ قَبْلَ الأَدَاءِ، وَفِي إِعْتَاقِهِ وَجْهَانِ، وَمَهْمَا أَعْسَرَ المُعْتِقُ قَبْلَ الأَدَاءِ ٱرْتَفَعَ الحَجْرُ عَنِ الشَّرِيكِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصل جُمْلَتَانِ:

إحداهما: إذا مات ٱلمُعْتِقَ قبل أداء القيمة؛ أُخِذَتْ مِنْ تَرِكَتِهِ أما إذا قلنا بتعجيل[2] السِّرَايَةِ، أو قلنا بالتبيين فظاهر، وأما إذا أَخَّرْنَاهَا إلى أداء القيمة فلأن الإعتاق وجد في الحياة، وصار عِتْقُ نصيب الشريك مستحقاً به، وذلك مما يُوجِبُ القيمة، وقد يُوجَدُ سَبَبُ ٱلضَّمَانِ في الحياة، ويتأخر الوجوب عنها، كمن حفر بئراً في محل عدوان، وتردى فيها بَهِيمَةٌ أو إنسان بعد موته، وإِنْ أُعْسِرَ بَعْدَ ٱلإِعْتَاقِ وَمَاتَ مُعْسِراً [فإن أثبتنا][3] السِّرَايَةَ بنفس الإعتاق، فالقيمة في ذِمَّتِهِ، وإن قلنا بالقولين الآخرين لم يعتق نصيب الشريك ذكره في «ٱلتَّهْذِيبِ».

وقوله في الكتاب: «ولو مات المعتق قبل الأداء على قول التوقف» لم يرد به

---

(١) في ز: فإن.
(٢) في أ: يتعجل.
(٣) سقط في: ز.

التوقف في الحكم إلى أن يوجد الأداء أو لا يوجد، ولكن أراد توقف العتق على أداء القيمة كمن ذكر في التعبير عن الأقوال فيقال: ويتوقف على أداء القيمة على قول، ثم إن الحكم المذكور وهو أن القيمة في تركته لا يختصُّ [بهذا][١] القول بل هو على سائر الأقوال أظهر وإنما خصه بالذكر؛ لأنه موضع الشبهة.

ولو مات العبد قبل أداء القيمة فإن قلنا السراية تحصل بالإعتاق مات حراً موروثاً منه فيؤخذ قيمة نصيب الشريك، وإن قلنا بالتبيين وقف إلى أداء القيمة، فإذا أديت فإن الأمر كذلك، وإن قلنا تأخر السراية إلى وقت الأداء فوجهان:

أظهرهما: أنها تسقط؛ لأن وجوب القيمة ليحصل العتق والميت لا يعتق.

والثاني: المنع؛ لأنه مال استحق في الحياة فلا يسقط بالموت.

وذكر الإمام على هذا أنه يجب على المعتق قيمة نصيب شريكه ثم يتبين أن العتق حصل قبيل موته وهو يضاهي مذهب أبي حنيفة في أن المكاتب إذا خلف وفاءً يؤدى النجوم منه. وفي «التهذيب» تفريعاً على تأخر السراية أنه يموت نصفه رقيقاً ثم ذكر الوجهين في أن للشريك أن يطالبه بقيمة نصيبه وهذا بعيد.

الجملة الثانية: إذا أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة لم ينفذ أثبتنا السراية في الحال وإن أخرناها إلى أداء القيمة فوجهان:

أحدهما: لا ينفذ أيضاً؛ لأن المعتق استحق أن يملكه بالقيمة ليعتق عليه ويكون ولاءه له ولا يكون صرف العتق عن المستحق لغيره كما أن المستولدة لما صارت مستحقة العتق على السيد لم يجز صرف عتقها إلى غيره.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة والإصطخري، وأبو علي بن خيران، وابن أبي هريرة ـ رحمهم الله ـ أنه ينفذ لمصادفته الملك، وأيضاً فلأن المقصود تكميل العتق والتكميل يحصل به ويغني عن القيمة، وهذا أظهر عند الصيدلاني والأول أظهر عند معظم الأصحاب، فإن قلنا ينفذ الإعتاق فعن القاضي الحُسين: إن في البيع والهبة ونحوهما وجهين، وهو المذكور في الكتاب المنع، وعن الشيخ أبي محمد: القطع به، وإذا قلنا بنفوذ البيع فهل للشريك أن يشفع البيع بالنقض فيبذل القيمة كما [ينقض][٢] الشفيع بيع المشتري فيه احتمال للإمام.

وللشريك مطالبة المعتق بقيمة نصيبه على الأقوال جميعها، أما على غير قول التأخير فظاهر وأما على قول التأخير فلأنه محجور ممنوع من التصرف والحيلولة من

---

(١) في ز: لهذا.

(٢) في ز: تنقضي.

أسباب [الضمان][١]. قال الإمام: ويلزم على قولنا بنفوذ البيع ونحوه ألا يملك مطالبته به وأن يكون المعتق مختاراً في بذل القيمة كالشفيع في بذل الثمن وهو ضعيف وإذا دفع المعتق القيمة أجبر الشريك على قبولها إن وقفنا العتق على أدائها وإذ لم يدفع المعتق ولا طلب الشريك فللعبد طلب الدفع من هذا والقبض من هذا، فإن امتنع فللحاكم مطالبتهما؛ لأن العتق متعلق حق الله تعالى فإن كان الشريك غائباً فيدفع القيمة إلى وكيله فإن لم يكن له وكيل جعله القاضي عند أمين، وله أن يقرها في يد المعتق إذا كان أميناً.

وإذا تعذرت القيمة لإفلاس أو هرب ففي كلام الصيدلاني والروياني وحكاه الإمام عن الشيخ أبي علي: أنه يبقى نصيب الشريك رقيقاً ويرتفع الحجر عنه؛ إذ لا وجه لتعطيل ملكه عليه من غير بدل، وللإمام قدس الله روحه فيه احتمال؛ لأن علته العتق فيثبت ويلزم، وأقام هذا الاحتمال في «الوسيط وجهاً» فقال: «الصحيح أن اعتبار العتق يرفع الحجر» وما حكينا عن «صاحب التهذيب»: أنه أعسر المعتق ومات معسراً يشعر بالجواب بذلك الوجه فإنه لم يكتف بالإعسار بل اعتبر الموت ولو عاد اليسار قال الشيخ أبو علي يعود التقويم؛ لأن حَقَّ ٱلْعِتْقِ قد ارتفع بِتَخَلُّلِ ٱلْإِعْسَارِ، وفيه احتمال أيضاً للإمام.

فَرْعٌ: إذا قلنا: لا تحصل السِّرَايَةُ قبل أداء القيمة، فلو وَطِيءَ ٱلشَّرِيكُ الجَارِيَةَ قبل الأداء؛ وجب نصف المهر لنصفها الحر.

قال ٱلإِمَامُ: وَلْيَقَعِ ٱلْغَرَضُ في وَطْءٍ مُحْتَرَمٍ أو فيما إذا كانت مُكْرَهَةً مَضْبُوطَةً، وفي النصف الآخر وجهان عن رواية «صاحب ٱلتَّقْرِيبِ»:

أَظْهَرُهُمَا: أنه لا يلزم لمصادفته ملكه.

والثاني: يَلْزَمُ ويصرف إلى الشريك المعتق؛ لأن المِلْكَ إن كان للواطىء فهو مُسْتَحِقُّ الإِنْقِلَابِ إليه وهذا الوجه ذكر فيما إذا باع جارية بشرط خيار، وقلنا: إن المِلْكَ للبائع فَوُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ ثُمَّ لَمْ يفسَخِ ٱلْعَقْد أن المهر للمشتري نظراً إلى المال.

قال الإِمَامُ: ويجوز أن يقال تَفْرِيعاً على الوجه الثاني، أنه يكون للجارية؛ لأن مصيرها إلى العتق بتقدير الانقلاب إلى المعتق، وينبغي أن لا ينجز إلزامه بل يتبين عند [عدم][٢] السِّرَايَةِ، حتى لو ماتت الجارية، وقلنا لا سرَايَةَ بعد الموت، فلا يوجب نصف المهر، كتَبين اسْتِمْرَارِ الملك له، وإن قلنا تحصل السِّرَايَةُ بنفس الإعتاق؛ فيجب جميع المهر لها ولا حدَّ للاختلاف في ملكه والله أعلم[٣].

---

(١) في ز: الدمار.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الخَامِسَةُ): إِذَا قَالَ: مَهْمَا أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ فَنَصِيبِي حُرٌّ فَأَعْتَقَ المَقُولُ لَهُ وَهُوَ مُوسِرٌ عُتِقَ كُلُّهُ عَلَيْهِ لِأَنَّ السِّرَايَةَ أَقْوَىٰ مِنَ التَّعْلِيقِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً نَفَذَ عَلَى المُعَلِّقِ، وَإِنْ قَالَ: فَنَصِيبِي قَبْلَهُ حُرٌّ فَهُوَ دَوْرٌ وَيَمْتَنِعُ عَلَى المَقُولِ لَهُ عِنْدَ مَنْ يُبْطِلُ الدَّوْرَ اللَّفْظِيَّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قال أحد الشريكين للآخر: إذا أَعْتَقْتَ نصيبك؛ فنصيبي حُرٌّ أو قال: فجميع العبد حر [أو قال][1]: فنصيبي حر بعد عتق نصيبك، فإذا أعتق المقول له نصيبه نُظِرَ، إن كان معسراً عتق على كل واحد منهما نصيبه على المقول له بالتنجيز، وعلى المعلق [بمقتضى العتق][2] فإن كان مُوسِراً عُتِقَ نصيبه عليه ثم إن قلنا السِّرَايَةُ تحصل بنفس الإعتاق عتقَ ٱلكُلُّ عليه ولزمته قيمة نصيب الشريك، ووجه ذلك بأن السِّرَايَةَ أقوى من العتق بالتعليق؛ لأن السِّرَايَةَ قَهْرِيَّةٌ تابعة لِعِتْقِ ٱلنَّصِيبِ، لا مَدْفَعَ لها فكأن المِلْك الذي تَتَضَمَّنُهُ ٱلسِّرَايَة مُخْتَطَفٌ مُنْتَزَعٌ مِنَ ٱلْبَيْنِ وموجب التعليق قابل للدفع بالبيع ونحوه، وإن قلنا بالتبيين، فكذلك الحكم إذا أَدَّيْتَ القيمة وإن قلنا بتأخر السِّرَايَةِ إلى أداء القيمة فنصيب المعلق عمن يعتق؟ فيه وجهان:

أحدهما: عن المعلق لوجود الصفة ونصيبه في ملكه.

والثاني: عن المعتق وعليه قيمته، وبنى ذلك على الخلاف في أنه إذا أَعْتَقَ أحد الشريكين نصيبه. هل يَنْفُذُ إِعْتَاقُ الآخر قبل أداء القيمة؛ تفريعاً على هذا القول، إن قلنا: نعم. عُتِقَ نَصِيبُ ٱلمعلق عنه، وإن قلنا لا ـ عتق على المَقُولِ لَهُ إذا أَدَّى القيمة.

ولو قال: إذا أَعْتَقْتَ نصيبك فنصيبي حُرٌّ مع عتق نصيبك، أو في حال عِتْقِ نصيبك فوجهان مع التفريع على أن السِّرَايَةَ تحصل بنفس الإعتاق:

أحدهما: وبه قال ٱبْنُ ٱلقَاصِّ وَصَاحِبُ «ٱلتَّقْرِيبِ»: أنه يُعْتَقُ جميع العبد عليهما. نِصْفُهُ عن المعتق بالإعتاق، ونِصْفُهُ عن المُعَلِّقِ بوجود الصفة، ولا شيء على المُعْتِقِ وذلك أن اعتبار المَعِيَّةِ يَمْنَعُ ٱلسِّرَايَةَ وهذا ما اختاره ٱلقَاضِي أَبُو ٱلطَّيِّبِ وحكاه ٱلرُّوْيَانِيُّ عن عامة الأصحاب ـ رحمهم الله ـ.

والثاني ـ وبه قال ٱلقَفَّالُ: أَنَّه يُعْتَقُ الجميع على المَقُولِ لَهُ أيضاً، ولا أثر لقوله: مع نصيبك، فإن المُعَلَّقَ لا يقارن المعلق عليه، بل يَتَأَخَّرُ عنه لا مَحَالَةَ، وهذا ما أورده الشيخ أَبُو عَلِيٍّ في شَرْحِ الفروع، وألحقه. بما حَكَىٰ عن ابن سُرَيْج أَنَّهُ: لو قال لعبده سَالِمٍ: أنت حر في حال عِتْقِ غَانِمٍ أو قال: مهما أَعْتَقْتُ غَانِماً فأنت حر مع عتقه، ثم

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: يقنفني التعليق.

أعتق غانماً في مَرَضِ الموت، وَٱلثُّلُثُ لا يفي إلاَّ بأحدهما، لا يُقْرَعُ بينهما بل يتعين غانم للعتق؛ لأن عِتْقَ سَالِم مَشْرُوطٌ بعتقه، فلا يُؤْخَذُ دُونَهُ، وهذه المسألة قد مَرَّتْ في «الوصايا» من غير تَعَرُّضٍ ٱلمعلق لِلمَعِيَّةِ وذكرنا وجهاً: أنه يُقْرَعُ بينهما والوجهان المذكوران فيما إذا قال: فنصيبي حُرٌّ مع نصيبك يجريان ها هنا أيضاً، وبناهما الإمَامُ على أنه إذا أَعْتَقَ عبيداً في مرض موته؛ لا مال له غيرهم وَرَدَّ الإعْتَاقَ إلى الثُّلُثِ، فكيف تقدر [أنقول][1]: ثبت الإعتاق في الزائد على الثلث، ثم أبطل أو نقول يَتَبَيَّنُ في الحصر في الثلث أَنَّهُ لم يثبت في غيره. فيه قولان يجريان في كل وَصِيَّةٍ زَائِدَةٍ على الثلث، فإن قلنا يَثْبُتُ العتق في الجميع ثم أبطل فَيُقْرَعُ بينهما، ويجعل كأنه أَعْتَقَ العبدين، وإذا خرجت القُرْعَةُ على سالم عتق؛ لأنه [قد][2] ثبت عِتْقُ غَانِم وتحققت الصفة ثم رُدّ، وإن قلنا يتبين أنه لم ينفذ فلو أَقْرَعَ وخرجت القرعة لسالم؛ لَزِم ألاَّ يعتق غانم؛ لأن القرعة لم تخرج له، إلاَّ بعتق سالم؛ لأن شرط عِتْقِهِ عِتْقُ غَانِم، وكيف يجوز أن يعتق عبدين يخرج أحدهما من الثلث ولا يعتق واحد منهما؛ فلذلك تَعَيَّنَ عِتْقُ غَانِم، ولو قال: إذا أعتقت نَصِيبَكَ؛ فنصيبي حُرٌّ قبل عتق نصيبك فَأَعْتَقَ ٱلمَقُولَ [له][3] نصيبه نُظِرَ إن كانا مُعْسَرَيْنِ أو كان المُعَلِّقُ مُعْسِراً عَتِقَ نصيب المُنْجز، ونصيب المُعَلِّقِ يعتق عليه قبل ذلك بموجب التعليق، ولا سِرَايَةَ، وإن كان القائل المعلق موسراً، قولنا السِّرَايَةُ تَحْصُلُ بنفس الإعتاق ففيه وجهان: من صَحَّحَ ٱلدَّوْرَ ٱللَّفْظِيَّ كَٱبْنِ ٱلحَدَّادِ يقول: لا يَنْفُذُ إعتاق المقول له في نصيبه؛ لأنه لو نَفَذَ لعتق نصيب القائل قبله، ولو عتق لَسَرَىٰ وَلَوْ سَرَى لَبَطَل عِتْقُهُ؛ فيلزم من نفوذ عتقه[4] عدم نفوذه، وعلى هذا فلو قال السَّيِّدُ لعبده: مهما أعتقتك فأنت حر [مثله][5] لم يتمكن من إعتاقه كما سبق نظيره في «الطلاق»، ولو صدر هذا التعليق من الجانبين ٱمْتَنَعَ الإعْتَاق عليهما.

ولو قال أحدهما للآخر: مهما بِعْتُ نصيبك فنصيبي حر قبله: لم ينفذ البيع.

والمستبعدون لصحة الدور وَٱنْسِدَادِ بَابِ ٱلطَّلاَقِ وَنَحْوِهِ أولى بالاستبعاد ها هنا لتَضَمُّنِهِ ٱلحَجْرَ على[6] الغير[7]، وَمَنْ لاَ يُصَحِّحُ ٱلدَّوْرَ، وهو الأظهر يقول: بِعِتْقِ نَصِيبِ كل واحد منهما عنه، ولا شيء لأحدهما على الآخر كما لو قال: مع نصيبك وإن قلنا:

---

(١) في أ: القول.
(٢) سقط في: ز.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: نفوذه.
(٥) سقط في: ز.
(٦) وأيد في المطلب قول من قال إن الدور هنا أبعد لقول الأصحاب فيما إذا قال لامرأته إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم انفسخ نكاحها بردتها.
(٧) في الروضة: العين.

إنَّ ٱلعِتْقَ[(١)] بأداء القيمة فإن نَفَّذْنَا قَبْلَهُ على المعلق، وإن لم ننفذه. قال الإِمَامُ: تدور المسألة أيضاً، لأنه إذا أعتق نصيب المعلق أولاً؛ صادف إعتاق الثاني من هو مُسْتَحِقٌّ ٱلْعِتْقِ ٱلأَوَّلِ، فلا ينفذ، وإذا لم ينفذ لا يعتق نصيب المعلق؛ لأنه مشروط به، وفي هذه الصور جميعاً لو أعتق المعلق نصيبه، عتق وتثبت السِّرَايَةُ إذا وجد شرطها. والله أعلم[(٢)].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (السَّادِسَةُ) لَوْ قَالَ: أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ وَأَنْتَ مُوسِرٌ فَأَنْكَرَ عِتْقَ نَصِيبُ الْمُدَّعِي مَجَّاناً وَلَهُ أَنْ يُحَلِّفَهُ، فَإِنْ نَكَلَ ٱسْتَحَقَّ بِالْيَمِينِ الْمَرْدُودَةِ قِيمَةَ نَصِيبِهِ وَلَمْ يُعْتَقْ نَصِيبُ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ وَاحِدٌ: إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غُرَاباً فَنَصِيبِي حُرٌّ وَقَالَ الآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ فَنَصِيبِي حُرٌّ لَمْ يُعْتَقْ شَيْءٌ لِلشَّكِّ، فَإِنِ ٱشْتَرَىٰ الْعَبْدَ ثَالِثٌ حُكِمَ بِحُرِّيَّةِ النِّصْفِ فِي يَدِهِ لِلْيَقِينِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَى أَحَدِهِمَا رُجُوعٌ بِالثَّمَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا ادعى أحد الشريكين على الآخر، وهو مُوسِرٌ أنك أعتقت [نصيبك][(٣)] وعليك قيمة نصيبي؛ فأنكره نُظِرَ؛ إن كان للمدعي بَيِّنَةٌ؛ حَكَمَ بِمُقْتَضَاهَا وَمَتَى يعتق نصيب المدعي، فيه الأقوال، وإذا لم تكن بينة فالمصدق المنكر مع يمينه، فَإِنْ حَلَفَ رَقَّ نصيبه، وإن نَكَلَ حلف المدعي اليمين المردودة واستحق القيمة.

والصحيح: أنه لا يُحْكَمُ بِعِتْقِ نصيب المدعى عليه؛ لأن الدَّعْوَىٰ إنما توجهت عليه؛ بسبب القيمة، وإلا فلا معنى للدعوى على الإنسان [أنه][(٤)] أعتق عبده وإنما ذلك من وظيفة العبد، نعم. لَوْ شَهِدَ هذا المدعي مع آخر ثبت العتق بشهادة الحِسْبَةِ.

قال الإِمَامُ: وأبعد [بعض][(٥)] من لا خبرة له وقضى بالعتق في نصيب المدعى عليه بيمين الرد تبعاً لدعوى القيمة، وهل يُحْكَمُ بِعِتْقِ نَصِيبِ المُدَّعِي إذا حَلَفَ ٱلمُدَّعَىٰ عليه لو نَكَلَ، وحلف ٱلمُدَّعِي إن قلنا: إن السِّرَايَةَ تَتَعَجَّلُ فَنَعَمْ. لاِعْتِرَافِهِ بِسِرَايَةِ إعتاق المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ إلى نصيبه، وإن قلنا بالتأخير؛ لم يعتق وإذا عُتِقَ نصيبه فلا يسرى إلى نصيب المُنْكِرِ وإن كان ٱلمُدَّعِي موسراً؛ لأنه لم [ينشيء][(٦)] العتق فَأَشْبَه ما إذا ٱدَّعَىٰ أحد الشريكين على رجل أنك اشتريت نصيبي، وأعتقته، وأنكر ٱلمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ يعتق نصيب المدعي، ولا يَسْرِي، وَوُجِّهَ أيضاً: بأن نصيبه عتق لا باختياره بل نصيبه لقوله: أعتقت نصيبك فصار كما لو وُرِثَ بعض من يعتق عليه، يعتق ما ورثه، ولا يسري وإن

---

(١) في أ: المعتق.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: نفسك.
(٤) في ز: بأنه.
(٥) سقط في: ز.
(٦) سقط في: ز.

قلنا: لا يُعْتَقُ إلاَّ بعد أداء القيمة لم يعتق نصيب ٱلْمُدَّعِي بقوله: أَعْتَقْتُ نَصِيبَكَ وَإِنْ صَدَّقَ ٱلْمُدَّعَىٰ عليه الشريك [فلا][1] إشكال، وإن كان المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ مُعْسِراً، وَأَنْكَرَ وحلف لم يعتق شيء من العبدِ، فإن اشترى ٱلْمُدَّعِي نصيب شريكه بعد ذلك؛ عُتِقَ مَا ٱشْتَرَاهُ؛ لإقراره بأنه أعتقه ولا يَسْرِي إلى الباقي.

أما إذا ادعى كل واحد من الشريكين [الموسرين][2] على صاحبه أنك أعتقت نصيبك، وطالبه بالقيمة وأنكر صاحبه؛ فكل واحد منهما يَصْدُقُ بيمينه فيما أنكره، فإذا حلفا فلا مطالبة[3] بالقيمة، ويحكم بعتق جميع العبد إن قلنا بتعجيل السِّرَايَةِ؛ لاعتراف كل واحد منهما بِسِرَايَةِ العتق إلى نصيبه والولاء موقوف بينهما، لا يَدَّعِيهِ هذا ولا ذاك وإن قلنا: بِتَأَخُّرِ السِّرَايَةِ أو بالتوقف، والتبيين؛ فالعبد رقيق، وإن كانا مُعْسِرَيْنِ وقال كل واحد منهما للآخر: قد أَعْتَقْتُ نَصِيبَكَ لم يعتق منه شيء، فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر حُكِمَ بِعِتْقِ ما اشتراه لاعترافه بأن شريكه أعتقه ولا يسري؛ لأنه لم يُنْشِئ إعتاقاً وذكر في «ٱلتَّهْذِيبِ»: إنه لو باع أحدهما من زَيْدٍ والآخر من عَمْرٍو؛ صح ولا عتق، ولو باعا من رجل واحد حُكِمَ بِعِتْقِ نِصْفِهِ؛ لأن عتق أحد النصفين يَقِينٌ وقد جمعهما مِلْك وَاحِدٍ وهذا لا يتبين له وجه، ولا يقين في واحد من النصفين لجواز كونهما كاذبين، وموضع هذا الكلام: مَسْأَلَةُ ٱلْغُرَابِ على ما سنذكرها على الأثر ولا أدري ـ أوقع الخلل في النسخة أم كيف الحال؟ وإن كان أحدهما مُوسِراً والآخر معسراً أُعْتِقَ نَصِيبَ المَعْسِرِ على قول تعجيل السِّرَايَةِ؛ لأن إقراره يتضمن السِّرَايَةَ إلى نصيبه، وولاؤه موقوف ولا يعتق نصيب المُوسِرِ فإن اشتراه المُعْسِرُ عتق كُلُّهُ، ولو طار طائر فقال أحد الشريكين: إن كان هذا الطائر غُرَاباً فنصيبي من هذا العبد حر وقال الآخر: إن لم يكن غُرَاباً فنصيبي منه حر، ولم يتبين الحال فإن كانا مُعْسِرَيْنِ لم يحكم بعتق نصيب واحد منهما، كما لو جرى التعليقان من شخصين في عبدين أو زوجتين لكن لو اشترى أحدهما نصيب الآخر حُكِمَ بِعِتْقِ أَحَدِ ٱلنِّصْفَيْنِ؛ لأنه قد جمعهما مِلْكٌ وَاحِدٌ وَأَحَدُ النِّصْفَيْنِ حر بِيَقِينٍ، وفي حق الشخصين استصحبنا يقين الملك في حق كل واحد، وطرحنا ٱلشَّكَّ ولو باعا النصفين من ثالث فكذلك يحْكَمُ بِعِتْقِ أَحَدِ ٱلنِّصْفَيْنِ، ولا رجوع له على واحد منهما، لأن كل واحد منهما يزعم أن نصيبه مملوك، هذا هو الأصح، والمذكور في الكتاب، وبه قال ٱلْقَفَّالُ وحكى الشيخ أَبُو عَلِيٍّ: عن بعض الأصحاب: أنه إن أَقْدَمَ على الشِّرَاءِ وهو عالم بالتعليقين؛ فلا رجوع له، وإن لم يعلم ثُمَّ بَانَ لَهُ الحال؛ فله الرد كما لو اشترى عبداً ثم بَانَ نِصْفُهُ حُرٌّ وعلى هذا فيرد ٱلْعَبْدَ كُلَّهُ؛ لأن أحد نصفيه حر، والآخر

(١) في ز: بلا.
(٢) في ز: الموسر.
(٣) في أ: نطالبه.

قِسْطٌ مِمَّنْ بَعْضُهُ حُرٌّ وفي ذلك نقصان وعيب قال الشَّيْخُ: ولو اختلف قدر النصيبين؛ لم يحكم إلاَّ بِعِتْقِ أقلهما ولو تبادلا[1] النصيبين، فإن لم يحنث واحد منهما صاحبه، واعترفا بالإِشْكَالِ فلا يحكم على واحد منهما بعتق شيء والحكم بَعْدَ المبادلة كالحكم قبلها، وإن حنث واحد منهما الآخَرَ؛ حُكِمَ بعتق الكل؛ لأن كل واحد يزعم أن نصيب الآخر قد عتق ثم اشتراه، وكان كمن أقر بحرية عبد في يد غيره ثم اشتراه يحكم بعتقه بإقراره السابق، ويكون وَلاَؤُه موقوفاً؛ لأن كُلَّ واحد منهما يقول: لم يعتق عليّ منه شيء وإنما عتق نصيب صاحبي.

وإن حَنَّثَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ولم يُحَنِّثْهُ صَاحِبُهُ؛ حكم بعتق ما صار لِلْمُحْنِثِ وولاؤه موقوف، ولا يحكم بعتق النصيب الآخر، وإن كانا موسرين فإن قلنا: تَتَعَجَّلُ السِّرَايَة عتقَ ٱلْعَبْدُ؛ لِأَنَّا نَتَحَقَّقُ حَنَثَ أحدهما وإن لم نتمكن من التعيين فيعتق نصيبه ويسري إلى الباقي، والولاء موقوف، ولكل واحد منهما أن يدعي قيمة نصيبه على الآخر ويحلفه على ٱلْبَتِّ أنه لم يَحْنَثْ وإن قلنا: لا تَحْصُلُ ٱلسِّرَايَةُ إلاَّ عند أداء القيمة، فلا يحكم بعتق شيء منه على واحد منهما والحكم كما في المُعْسِرَيْنِ.

قال الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: فَإِنِ ٱدَّعَىٰ كُلُّ واحد منهما على صاحبه أنه أعتق نصيبه، وأراد طلب القيمة حلّفه على ما ذكرنا، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فإن قُلْنَا بِتَعْجِيلِ السِّرَايَةِ عتق نَصِيبُ ٱلْمُعْسِرِ بكل حال؛ لأنه إِمَّا حَانِثٌ أو صاحبه حانث، والعتق سَارٍ إليه ولا يعتق نصيب الشريك الموسر للشك وإن [أخرناهما][2] إلى أداء القيمة لم نحكم بعتق واحد من النصيبين في الحال، وللمعسر أن يدعي التقويم على الموسر ويحلفه.

فرعان: من القبيل الذي نحن فيه من «المُوَلَّدَاتِ»:

أحدهما: إذا قال أحد الشريكين: أَعْتَقْنَا ٱلْعَبْدَ معاً وأنكر الآخر فإن كانا موسرين أو كان القائل[3] موسراً فقد أطلق ٱبْنُ ٱلْحَدَّادِ أنه يحلف المنكر وجرى على إطلاقه جَمَاعَةٌ.

وقال الشيخ: إنما يحلف عندي إذا قال المقر: أنت أعتقت نصيبك [وأنا لم][4] أعتق وأراد طلب القيمة فيحلف أنه لم يعتق معه؛ ليأخذ القيمة فإن المقر أقر بما يوجب القيمة وادعى معه ما يسقطها وهو المُوَافَقَةُ فِي الإِعْتَاقِ فيدفع يمينه المسقط[5]، فأما إذا قال: لم تَعْتِقْ نصيبك ولا أنا أَعْتَقْتُ فَلاَ مُطَالَبَةَ بالقيمة ولا يحتاج إلى اليمين ويحكم بعتق جَمِيعِ ٱلْعَبْدِ بإقرار الشريك المُوسِرِ إن أَثْبَتْنَا ٱلسِّرَايَة بنفس الإِعْتَاقِ، وإن أخرنا إلى

---

(١) في أ: تناولا.
(٢) في ز: أخرناها.
(٣) في ز: المعتق.
(٤) سقط في: ز.
(٥) في أ: المقسط.

أداء القيمة؛ فلا يُعْتَقُ نصيب المنكر وليس يدعى قيمة بأحدها، وإذا حلف المنكر في التَّصْوِيرِ المذكور؛ أخذ القيمة من المقر ويحكم بعتق جميع العبد، وَوَلاَءُ نصيب الشريك موقوف فلو مات المُعْتِقُ ولا وارث له سوى السيد المقر؛ أَخَذَ نِصْفَ مَالِهِ بالولاء على نصفه وهل له أن يأخذ من النصف الآخر قدر نصف القيمة الذي غرمه للمنكر؟ فيه وجهان:

أحدهما: نَعَمْ ـ لِأَنَّه إن صدق في قوله أعتق شريكي معي [فالشريك][(١)] ظالم يأخذ القيمة، والنصف الآخر له، وقد ظَفَرَ بِمَالِ مَنْ ظَلَمَهُ وإن كذب وكان مقراً[(٢)] بإعتاقه فجميع المال له بالولاء على جميعه.

والثاني: لا ـ لاختلاف الجِهَةِ فإنه يزعم الأخذ من جهة أنه مال ظالمه والشريك ينكره، وهو يَزْعُمُ أنه له بالولاء وهو ينكره والاختلاف في الجهة يمنع الأخذ، وَقَدْ تَقَدَّمَ نَظِيرُهُ. وإن رجع المُنْكِرُ عن إنكاره وصَدَقَ المُقِرُّ رَدَّ ما أخذه[(٣)] من القيمة، وإن رجع المُقِرُّ واعترف بأنه أعتقه قبل وكان جميع الولاء له وقد يقال: أنه قد أَقَرَّ بأنه لا ولاء له على النصف[(٤)] فكيف يُقْبَلُ رجوعه عنه؟

والجواب: أن الولاء يَلُو النَّسَبِ، ولو [نفى][(٥)] وَلَداً بِاللِّعَانِ ثم استلحقه ورجع قُبِلَ؛ فكذلك الولاء.

والثاني: عَبد بين ثلاثة ـ شهد اثنان من مالكيه أن الثالث أَعْتَقَ نصيبه. فالثالث: إما مُعْسِرٌ أو مُوسِرٌ. إن كان مُعْسِراً قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا وحكم بعتق نصيب المشهود عليه، وَيَرِقُّ الباقي، وإن كان موسراً فالأظهر وبه أجاب اَبْنُ اَلْحَدَّادِ أن شهادتهم باطلة؛ لأنهما [يجران][(٦)] نفعاً إلى أنفسهما بِإِثْبَاتِ القيمة عليه، فلا يعتق [نصيبه][(٧)] ولا يلزمه القيمة لنصيبهما ويعتق نصيبهما لاعترافهما بِسِرَايَةِ العتق.

وعن بعض الأصحاب: أنه تُقْبَلُ شَهَادَتهمَا في عتق نصيبه وإنما ترد في إلزام القيمة الذي هو منشأ التهمة، والحكم بعتق نصيبهما على الأول مفرع على أن السِّرَايَةَ تتعجل، أَمَّا إذا توقفت على أداء القيمة فلا يعتق شيء من العبد، ولكن يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُمَا فيه؛ لإقرارهما بأن نصيبهما مستحق [العتق][(٨)] على الشريك. هكذا حكاه الشيخ أَبُو عَلِيٍّ عن بعض الأصحاب وصححه، ويجوز أن يقال: قَدْ مَرَّ أَنَّ تَعَذُّرَ حُصُولِ القيمة

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: مفرداً.
(٣) في أ: أخذ.
(٤) في ز: النصاب.
(٥) في ز: بقي.
(٦) في ز: يجريان.
(٧) في ز: نفسه.
(٨) في ز: التحقق.

بِٱلإِعْسَارِ وغيره يرفع الحجر من الشريك [والتعذر][(١)] حاصل ها هنا.

هذه فروع أُخَر تَتَعَلَّقُ بِٱلسِّرَايَةِ:

الأول: إن قلنا السِّرَايَةُ تحصل بنفس الإعتاق؛ فله حكم الأحرار في الميراث والشهادات والحدود والجنايات، وإن لم يؤد القيمة، وإن أخرناها إلى أداء القيمة؛ فله حكم ٱلأَرِقَّاءِ فيها حتى يؤدي، وَإِنْ تَوَقَّفْنَا تَوَقَّفْنَا في هذه الأحكام أيضاً.

الثاني: عن «ٱلأُمِّ»: أن العبد المُشْتَرَكَ إذا أعطى أحد مالكيه خمسين ديناراً لِعِتْقِ نَصِيبِهِ مِنْهُ فَأَعْتَقَهُ يرجع الشريك عليه بنصف الخمسين وبنصف قيمة العبد، وَيَرْجِعُ المعتق على العبد بخمسة وعشرين.

قال ٱبْنُ ٱلصَّبَّاغِ: وينبغي أن يكون هذا فيما إذا لم يقع العتق على عين الخمسين، وإنما سَمَّىٰ خمسين، ثم دفعها عليه، وإلاَّ فإذا وقع العِتْقُ على العين يجب أن يكون الرجوع بقيمة ما أعتق بالعوض المستحق قال: ويحتمل أن يريد ما إذا كانت قيمة العبد خمسين فَيَسْتَوِي العوض والقيمة، ولو كان المعتق قد قال: إن سلمت لي هذه[(٢)] الخمسون فأنت حر لم يُعْتَقْ؛ لأنها لم تسلم له.

الثالث: لو أعتق شركاً له في جارية [حبلى] وَهُوَ مُوسِرٌ ولم تقوم عليه حتى ولدت؛ عتق مَعَهَا وَلَدُهَا تفريعاً على أن العتق يسري في الحال، فأما إذا أخرنا السِّرَايَةَ إلى دفع القيمة فَعَنْ نَصِّهِ: أنه ينبغي ألاَّ يعتق الولد معها؛ لأنه إنما يُعْتَقُ بِعِتْقِهَا إذا كان حملاً. فَأَمَّا بعد الوِلاَدَةِ فلا. قال القاضي أَبُو حَامِدٍ: معناه: أن نصيب الذي لم يُعْتَقْ من الولد مملوك، فأما نصيب المعتق فيجب أن يعتق.

قال ٱبْنُ ٱلصَّبَّاغِ: عندي أنه أراد أن نصيب الذي لم يعتق من الولد، لا يعتق بدفع قيمة نصيبه من الجارية، وَعَتَقَهَا؛ لِأَنَّهُ لا يتبعها بعد الوضع. وإلا فقد عتق من الولد نصيب المعتق، وهو موسر فيجب أن يسرى.

الرابع: وَكَّلَ أحد الشريكين [الآخر][(٣)] في عتق نصيبه، فقال الوَكِيلُ لِلْعَبْدِ: أَعْتَقْتُ نصفك. فإن قال: أَرَدْتُ نَصِيبِي قُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ وإن قال: أردت نصيب شريكي قُوِّمَ عَلَى ٱلشَّرِيكِ نَصِيبُهُ، وإن أطلق فيعتق عن المُوَكِّلِ؛ لأنه أعتق بعد أمره بالإعتاق، أو عن الوكيل؛ لأن إعتاقه عن نفسه يستغني عن النية، وحكى في «الشَّامِلِ» وجهين، ولهذا التفات[(٤)] إلى أن النصف المطلق يحمل على ملكه أو يشيع[(٥)].

---

(١) في ز: والتعدد.
(٢) في أ: هذا.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: البيان.
(٥) في ز: يشع.

الخامس: على[١] طريقة ٱلصَّيْدَلاَنِيِّ: أنه إذا كان للمريض نصفا عبدين مُتَسَاوِيَي ٱلْقِيمَةِ ولا مال له غيرهما فقال: «أعتقت نَصِيبِي مِنْ سَالِمٍ ومن غَانِمٍ» وقلنا: تَحْصُلُ ٱلسِّرَايَةُ بنفس ٱللَّفْظِ يعتق ثُلُثَا نصيبه من سالم وهو ثلث ماله ولا يعتق من الآخر شيء.

ولو قال: نصيبي من هذين حُرٌّ عتق ثلثا نصيبه من أحدهما فَيَقْرَعُ بَيْنَهُمَا فمن خرجت له القرعة؛ عتق ثلثا[٢] نصيبه منه، وهو ثُلُثُهُ وإن كان نصفا العبدين ثلث ماله فقال أعتقت نصيبي من سالم ومن غانم عتق سَالِمٌ بالمباشرة والسِّرَايَة ولا يعتق من الآخر شيء.

ولو قال: نصيبي منهما حر عتق النصفان وَلاَ سِرَايَةَ.

السادس: ٱشْتَرَىٰ أَمَتَهُ حَامِلاً من الزوج زوجها وَٱبْن لَهَا حُرٌّ [معها][٣] وهما مُوسِرَانِ فالحكم كما ذكرنا فيما لو أَوْصَىٰ مَالِكُهَا بوصية لهما. وقَبِلاَ الوصية معاً، وقد ذكرناه في «الوَصَايَا»، ومُخْتَصَره أن الأمة تُعْتَقُ على الابن، والحمل يعتق عَلَيْهِمَا ولا يقوّم.

السابع: شَهِدَ شاهدان على زَيْدٍ بأنه أَعْتَقَ نصيبه من العبد المشترك[٤] وهو مُوسِرٌ، وحكم القاضي بشهادتهما ثم رجعا فشهادتهما تثبت عتق نصيبه، وتوجب عليه قيمة نصيب شريكه، فَيَغْرَمَانِ بالرجوع قيمة نصيبه لا مَحَالَةَ؛ لأن شهود العتق يَغْرَمُونَ إذا رجعوا، وهل يَغْرَمَانِ له قيمة نصيب الشريك التي غَرِمَهَا؟ فيه قولان ـ لأن في وُجُوبِ ٱلْغُرْمِ على شهود المال اختلاف قول سبق في موضعه.

وَٱعْتَرَضَ ٱبْنُ ٱلصَّبَّاغِ فقال: إنهما لم يشهدا[٥] على المال مقصوداً، ولكن تضمنته الشهادة، وكما تضمنت المال تضمنت إِعْتَاقَ نصيب الشريك، فإن اقتضى تضمنها إثبات المال التخريج على القولين ٱقْتَضَىٰ تَضَمُّنُهَا ٱلإِعْتَاقَ [للجزم][٦] بوجوب ٱلْغُرْمِ ثم الجواب الذي تقدم فيما إذا ساعد الشريك الشهود، وأخذ القيمة وَعَتَقَ جميع العبد إما بنفس الإعتاق، أو عند أَخْذِ ٱلْقِيمَةِ، فَأَمَّا إذا أَكْذَبَهُمْ وَقَالَ: لم يَعْتِقْ زَيْدٌ نَصِيبَهُ فإن قلنا: تَتَعَجَّلُ ٱلسِّرَايَةُ عَتِقَ ٱلْكُلُّ ولا يلزمه للشريك شيء، وإن قلنا تتأخر إلى أداء القيمة:

قال الشيخ أَبُو عَلِيٍّ: يجبر على أخذ القيمة [ليكمل][٧] العتق، ثم يَلْزَمُهُ رَدُّ ما أَخَذَ إن كان مُصِراً على تكذيب الشهود، وكما لو جاء المُكَاتِبُ بالنجم الأخير فقال السيد هذا حَرَامٌ غصبته من فلان يجبر على أخذه ثم يرده على من أَقَرَّ له.

ولو شهد شاهدان على أحد الشريكين بأنه أعتق نصيبه وآخران على الشريك الثاني

---

(١) في ز: في.
(٢) في أ: ثانياً.
(٣) في ز: معاً.
(٤) في أ: المشتري.
(٥) في ز: شهدا.
(٦) في ز: الجزم.
(٧) في ز: لتكميل.

بأنه أعتق نصيبه وهما مُوسِرَان فإن أُرِّخَتِ البَيِّنَتَانِ عتق الكل على الأول وإنْ أَثْبَتْنَا السِّرَايَةَ في الحال، وعليه قيمة نصيب الآخر، وإن أَخَّرْنَا إلى أداء القيمة؛ فعلى الخلاف في أن إِعْتَاقَ الثاني قبل أداء القيمة هل يَنْفُذُ؛ إن قلنا لا، وهو ٱلأَظْهَرُ أخذت قيمة نصيبه من الأول ليعتق.

وإن لم يُؤَرِّخَا عتق ٱلعَبْدُ كُلُّهُ، ولا تقويم؛ لأنا لا نعلم هل سبق أحدهما الآخر، وبتقدير السبق لا يعلم السابق، فلو رجع الشاهدان على أحد الشريكين عن شهادتهما لم [يغرما][(١)] شيئاً؛ لأنا لا ندري أن العتق في النصف الذي شهد به حَصَلَ بِشَهَادَتِهِمَا أو بشهادة الآخرين بالسِّرَايَةِ فلا توجب شيئاً بالشك وإن رَجَعُوا جميعاً فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك، لقيام الاحتمال في الطريقين.

وأظهرهما: أنهم يَغْرَمُونَ قِيمَةَ العبد؛ لأنه إذا لم يَكُنْ تَارِيخٌ فَالحُكْمُ [بعتق][(٢)] ٱلعَبْدِ يتعلق بشهادة أَرْبَعَتِهِم ويقدر كأن [الإعتاقين][(٣)] وقعا معاً، والفرع من «المولدات» ـ رحم الله من ولدها.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الخَاصِّيَّةُ الثَّانِيَةُ:) عِتْقُ القَرَابَةِ: وَمَنْ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ أَحَدُ أَبْعَاضِهِ أَعْنِي أُصُولَهُ وَفُرُوعَهُ عُتِقَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ سَوَاءٌ دَخَلَ قَهْراً بِالإِرْثِ أَوِ ٱخْتِيَاراً بِالعَقْدِ، فَلاَ يَعْتِقُ مِنْ عَدَا الأَبْعَاضِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَنْ مَلَكَ أَبَاهُ أَوْ أُمَّه أو أحد أصوله من الأجداد والجدات، أو ملك واحداً من أَوْلاَدِهِ وأولاد أولاده[(٤)] عتق عليه، رُوِيَ عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «**لاَ يَجْزِي وَلَدٌ وَالِدَهُ إلاَّ أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكاً فَيَشْتَرِيَهُ فَيَعْتِقَهُ**»[(٥)] يعني بالشراء، وفهم من قوله تعالى: ﴿**وَمَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَداً**﴾ [مريم ـ ٩٢] الآية. ومن قوله تعالى: ﴿**وَقَالُوا ٱتَّخَذَ ٱلرَّحْمَنُ وَلَداً سُبْحَانَهُ بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ**﴾ [الأنبياء ـ ٢٦] أن الوِلاَدَةَ والعبودية لا يجتمعان ولا فرق بين أن يدخل في مُلْكِهِ قهراً بِٱلإِرْثِ أو اختياراً بعقد إما بعوض كالشراء، أو لا بعوض كالهِبَةِ، والوصية، وَفَرْقٌ بين عتق القريب وبين السِّرَايَةِ، حيث لم تَثْبُتِ ٱلسِّرَايَةَ إلاَّ عند الاختيار، بأن

---

(١) في ز: يغير.

(٢) في ز: يعتق. (٣) في ز: للإعتاقين.

(٤) قال الأذرعي: لا خفاء أنه لو ورث قريبه مرهوناً أو جانباً في رقبته وكان على الميت دين مستغرق أو كان في مال قريبه المحجور عليه بالفلس، فمات القريب أنه لا يعتق على الوارث، وإن كان موسراً إذ لا يلزمه وفاء دين مورثه.

(٥) أخرجه مسلم وتقدم في خيار الخجلس.

العتق صلة وإكرام[١] للقريب، فلا يَسْتَدْعِي الاختيار، وَٱلسِّرَايَةُ تُوجِبُ ٱلتَّغْرِيمَ والمُؤاخذة، وإنما يليق ذلك بحال الاختيار، وَلاَ يَعْتِقُ غَيْرَ ٱلأَبْعَاضِ مع الأصول والفروع. وقال أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدَ ـ رحمهما الله ـ: يُعْتَقُ كل ذي رحم محرم بالمِلْكِ كالأخ، وابن الأخ، والعم والخال، وَأَلْحَقَ مَالِكٌ الأخوة وَٱلأَخَوَاتِ بالوالدين والمولودين، وَسَلَّمَ أَبُو حَنِيفَةَ أن المُكَاتِبَ إذا مَلَكَ أخاه، لم يُكَاتِبْ عَلَيْهِ، فقال الأصحاب ـ رحمهم الله ـ: قريب لا يُكَاتِبُ عَلَى ٱلمُكَاتِبِ فلا يعتق على ٱلحُرِّ كَبَنِي ٱلأَعْمَامِ.

وَلْيُعْلَمْ لما تَبَيَّنَ قوله في الكتاب: «ولا يعتق من عدا الأَبْعَاضِ» بِالحَاءِ والميم والألف.

وقوله: «إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ ٱلتَّبَرُّعِ» قصد به الاحتراز عن الصبي والذين يذكرهم في الفصل التالي لهذا الفصل.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلاَ يَشْتَرِي الطِّفْلُ قَرِيبَهُ وَلَكِنْ يَتَّهِبُ الوَلِيُّ لَهُ إِذَا لَمْ يَكُن بِحَيْثُ تَجِبُ النَّفَقَةُ فِي الحَالِ، وَإِنْ قَبِلَ لَهُ هِبَةَ نِصْفِ قَرِيبَةٍ لَمْ يَصِحَّ حَذَراً مِنَ السِّرَايَةِ، وَقِيلَ: يَصِحُّ وَلاَ يَسْرِي، وَالمَرِيضُ إِذَا ٱشْتَرَى قَرِيبَهُ عُتِقَ إِنْ وَفَّى بِهِ ثُلُثُهُ وَإِلاَّ لَمْ يُعْتَقْ، وَإِنْ مَلَكَهُ بِإِرْثٍ أَوْ هِبَةٍ فَيُحْسَبُ مِنْ رَأْسِ المَالِ أَوِ الثُّلُثِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: مِنْ رَأْسِ المَالِ عُتِقَ عَلَى المَحْجُورِ المُفْلِسِ أَيْضاً وَالمَدْيُونِ وَالمَرِيضِ، وَلَوِ ٱشْتَرَاهُ بِمُحَابَاةٍ فَقَدْرُ المُحَابَاةِ يَخْرُجُ عَلَى ٱلوَجْهَيْنِ وَالبَاقِي لاَ يعتق، وَلَوْ قَهَرَ الحَرْبِيُّ حَرْبِيّاً مَلَكَهُ وَصَحَّ بَيْعُهُ مِنَ المُسْلِمِ، فَإِنْ قَهَرَ أَبَاهُ فَهَلْ يَصِحُّ بَيْعُهُ لَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ مَأْخَذُهُمَا دَوَامُ القَهْرِ المُبْطِلِ لِلْعِتْقِ إِن فُرِضَ وَدَوَامُ القَرَابَةِ الدَّافِعَةِ لِمِلْكِ القَهْرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسائل:

إحداهما: ليس لمولى الصبي والمجنون أَنْ يَشْتَرِيَ لهما قريبهما القرابة التي تقتضي العتق، فإن فعل فَالشِّرَاءُ بَاطِلٌ. ولو وهب للصبي قريبه أو أوصى له به؛ نُظِرَ إن كان الصبي مُعْسِراً فيجوز له قَبُولُهُ، فإذا قَبِلَهُ عَتِقَ على الصبي؛ لأنه لا ضَرَرَ فيه على الصبي، وفيه جمال ومنفعة، وقد يوسر فَيُنْفِقُ على الصبي، ولا نظر إلى أن الصَّبِيَّ قد يُوسَرُ فَتَجِبُ ٱلنَّفَقَةُ في ماله وإنما يعتبر الحال وهل يجب عليه ٱلقَبُولُ؟ قال الإمام: هذا [فيه][٢] تَرَدُّدٌ [وقضية][٣] لَفظُ الشَّافِعِيِّ ـ رضي الله عنه ـ: الوجوب، وعلى ذلك يجري

---

(١) في أ: وإلزام.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: وقضيته.

كلام الأصحاب؛ وإن كان الصبي مُوسِراً فإن كان القريب بحيث تجب نفقته في الحال، بأن يكون زمناً أو يَكُونَ غَيْرَ كَسُوبٍ على أحد القولين فلا يجوز للولي القبول؛ كَيْلاَ يَتَضَرَّرُ الصبي بالإنفاق من ماله، وإن كان لا تجب نفقته فعلى مَا ذَكَرْنَا في المعسر، فإن لم يقبل [الولي][1] قبل الحاكم، فإن لم يفعل فَلِلصَّبِيِّ بعد بلوغه، أن يقبل كذلك. ذَكَرَهُ ٱلرُّوْيَانِيُّ وليكن هذا في الوصية.

هذا في هِبَةِ جَمِيعِ ٱلْقَرِيبِ أو الوصية به فَأَمَّا إِذَا وَهَبَ بعضه فإن كان الصبي مُعْسِراً قَبِلَهُ الولي، وإن كان مُوسِراً زاد النَّظَرُ في غَرَامَةِ السِّرَايَةِ وإن لم تجب النفقة وفيه قولان:

أَظْهَرُهُمَا: أنه لا يقبل؛ لأنه لو قبل لعتقَ على الصبي، وإذا عتق سَرَى ولزم قيمة [نصيب][2] الشريك، وفيه إِضْرَارٌ بالصبي.

والثاني: يَقْبَلُهُ ويعتق عليه، ولا يسري كيلا يتضرر الصبي وَوُجِّه أيضاً بأنه لا اختيار له في حصول الملك، وفي «تعليقة الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ»: أن بعض الأصحاب رحمهم الله: قطع بأنه ليس له أن يقبل، وجعل القولَين في أنه إذا قبل هل يصح؟

الثانية: إِذَا ٱشْتَرَى المَرِيضُ مَرَضَ ٱلْمَوْتِ قَرِيبَهُ فإما أن يشتريه بثمنه أو بِمُحَابَاةٍ، وعلى التقدير الأول: فإمَّا أن يكون عليه دَيْنٌ أو لا يكون وحكم الأحوال الثلاث قد ذكرناه في «الوَصَايَا»، وبينا إذا لم يكن دَيْنٌ وَلاَ مُحَابَاةَ فيعتبر عتقه من الثلث، فإن خرج ٱلْكُلُّ من الثُّلُثِ عَتِقَ كُلُّهِ وإلاَّ عتق منه قدر الثلث، وهذا هو المقصود من قوله ها هنا: «عتق إِنْ وَفَّىٰ به ثلثه، وإلاَّ لم يعتق» أَيْ: لم يعتق كُلُّه، وإن ملكه بإرث فيعتق من رأس المال حتى يعتق [محله][3] وإن لم يملك شيئاً آخر أو من الثلث حَتَّى لا يُعْتَقُ إِلاَّ ٱلثُّلُثُ، إذا لم يملك مالاً آخر فيه وجهان ذكرناهما هنالك، والأول أولى بالترجيح، وهو الذي أورده[4] صاحب الكتاب.

ثم لو مَلَكَهُ بِٱلاتهاب أو بِقَبُولِ ٱلْوَصِيَّةِ فَهُوَ مُرَتَّبٌ على ما لو مَلَكَ بِٱلإِرْثِ إن قلنا: هناك يَحْسِبُ من الثُّلُثِ فها هنا أولى وإن قلنا من رأس المال فها هنا وجهان: بناء على مَعْنَيَيْنِ عَلَّلَ بهما احتساب الموروث من رأس المال فَعَلَّلَ ٱلْمُعَلِّلُونَ بِأَنَّ الملك والعتق حصلا بغير اختياره، فهو خارج عن التَّبرُّعَاتِ مستحق [شرعاً][5].

وعلل آخرون: بأنه مِلْكٌ بلا عِوَضٍ بذله في مقابلته بخلاف ما إذا اشترى فمن قال

---

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط في: ز.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في أ: ذكره.
(٥) سقط في: ز.

بالأول، يحتسب الموهوب والموصى به من الثلث ومن قال بالثاني، يحتسب من رأس المال، فيعتق وإن كان على المريض دَيْنٌ مستغرق وكذا المُفْلِسُ ٱلمَحْجُورُ عَلَيْهِ إذا قبل، ولا مُعْتَرَضٌ لِلْغُرَمَاءِ عليه، وإن قلنا يحتسب[1] مِنَ ٱلثُّلُثِ فلا يعتق، ويباع في ٱلدَّيْنِ، ويُكْتَفَىٰ بِهَذَا القدر ها هنا فالمسألةُ مَبْسُوطَةٌ في الموضع المحال عليه، وإذا راجعته جوزت إعلام قوله ها هنا: «إن وَفَّى به ثلثه» بالواو؛ لوجه ذكرناه أن المريض ليس له شراء القريب بحال وحينئذ فلا يعتق.

الثالثة: من الأصول في «السير» أنه[2] إذا [قهر][3] حربي حربياً ما ملكه، ويخالف ما إذا قهر مسلم حربياً وأسره، لا يجري الرق عليه حتى يرقه الإمام؛ لأن للإمام اجتهاداً في أَسَارَى الكُفَّارِ، والمسلم مأمور بِرِعَايَتِهِ والحربي لا يؤاخذ بمثل ذلك.

قال الإِمَامُ، ولم يشرط الأَصْحَابُ قَصْدَ ٱلإِرْقَاقِ، بل اكتفوا [بصورة][4] القهر وعندي: لاَ بُدَّ من القصد، فإن القهر قد يكون بالاستخدام، ولا يتميز قصد الإرقاق عن غيره إلاَّ بِالقَصْدِ. وإذا عرفت ذلك فلو قهر عبد سيده الحربي عتق العبد وصار السيد رقيقاً له، ولو قَهَرَ الزَّوْجُ زَوْجَتَهُ، وَٱسْتَرَقَّهَا مَلَكَهَا، وجَازَ له بَيْعُهَا، وكذا لو قَهَرَت ٱلزَّوْجَةُ زَوْجَهَا ولو قهر حَرْبِيٌّ أَبَاهُ [أو][5] ٱبْنَهُ فهل له بيعه؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال ٱبْنُ ٱلحَدَّادِ: لا ـ؛ لأنه يعتق عليه بالملك فلا يَسْتَقِرُّ له[6] مِلْكٌ حَتَّى يَبِيعَهُ.

والثاني: نعم؛ لأن القهر دائم، فكما يَرْفَعُ ٱبتداؤه الحرية الأصلية يرفع دَوَّامَةَ ٱلْعِتْقِ ٱلمُرَتَّبِ على المِلْكِ، وبهذا أجاب الشَّيْخُ أَبُو زَيْدٍ حين سأله ٱلحُلَيْمِيُّ في مسائل أَنْفَذَهَا إليه، يَسْتَفْتِيهِ فيها كذلك حكاه الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ ـ رحمهم الله ـ ويشبه أن يرجح الأول.

قال الإِمَامُ: وَيَتَّجِهُ أَنْ يُقَالَ أنه لا يَمْلِكُهُ بالقهر لاقتران [السبب][7] المقتضي للعتق بالقهر [المقتضي][8] للملك، ويخالف الشراء فإنا جوزناه لوقوعه ذريعة إلى تخليصه من الرق[9]. وقوله في الكتاب: «صَحَّ بَيْعُهُ مِنَ ٱلمُسْلِمِ» ليس لتخصيص الحكم بالمسلم، بل يصح بيعه من المسلم، وٱلذِّمِّيِّ والحَرْبِيِّ، وكانَ الغرض: أن المسلم يجوز له الشراء اعتماداً على قهر بعضهم بعضاً.

---

(١) في ز: يحسب.
(٢) في ز: فهو.
(٣) في ز: السِّراية.
(٤) في ز: صوره.
(٥) في ز: و.
(٦) في ز: عليه.
(٧) في ز: السيد.
(٨) سقط في: ز.
(٩) سكتوا عما إذا قهر معاهد معاهداً قال في الاستقصاء: لم أر لأصحابنا فيه شيئاً إلا أن أبا عبيدة ذكر في كتاب الأموال عن الأوزاعي والليث بن سعد أنه يجوز.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوِ اشْتَرَى نِصْفَ قَرِيبِهِ عُتِقَ وَسَرَى عِنْدَ شُرُوطِهِ، وَلَوْ وَرِثَ لَمْ يَسْرِ، وَلَوْ قَبِلَ وَكِيلُهُ فَالاخْتِيَارُ وَكِيلِهِ كَاخْتِيَارِهِ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِبَعْضِ أَبِيهِ فَمَاتَ قَبْلَ القَبُولِ فَقَبِلَهُ لَهُ أَخُوهُ سَرَى عَلَى المَيِّتِ إِنْ وَفَّى بِهِ الثُّلُثُ وَكَأَنَّهُ قَبِلَ فِي الحَيَاةِ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِبَعْضِ ابْنِ أَخِيهِ فَمَاتَ فَقَبِلَ أَخُوهُ لَهُ لَمْ يُعْتَقْ عَلَى الأَخِ فِي وَجْهٍ، لِأَنَّ المِلْكَ يَحْصُلُ لِلْمَيِّتِ ثُمَّ لَهُ فَكَأَنَّهُ حَصَلَ لَهُ غَيْرُ مَقْصُودٍ، وَيَجْرِي الخِلَافُ فِيمَا لَوْ رَجَعَ إِلَيْهِ بَعْضُ قَرِيبِهِ بِرَدِّ عِوَضِهِ بِالعَيْبِ؛ لِأَنَّهُ رَجْعٌ غَيْرُ مَقْصُودٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد ذكر صاحب الكتاب مرة في شروط سِرَايَةِ العتق: أنه إذا اشْتَرَى نِصْفَ قريبه عُتِقَ عَلَيْهِ ما اشتراه وسرى إلى الباقي، وفي معناه قبول الْهِبَةِ وَالْوَصِيَّةِ، وأنه لو وَرِثَ نِصْفَ قريبه لا يَسْرِي، لأنه لا اختيار له فيه، وشِرَاءُ الْوَكِيلِ وَقَبُولُهُ الهِبَةِ والوصية كشرائه، وقَبُولِهِ لصدوره عن اختياره، وكذلك قَبُولُ نائبه شرعاً حتى لو أَوْصَىٰ لإنسان [ببعض ابنه][1] فَمَاتَ قبل قبوله الوصية، وَقَبِلَهَا أخوه عتق الشِّقْصُ على المَيِّتِ وسَرَىٰ إلى الباقي إِنْ وَفَّىٰ به[2] الثُّلُثُ وينزل قبول الوارث مَنْزِلَةَ قَبُولِهِ في حياته ولو أوصى لإنسان ببعض مِمَّنْ يعتق على وارثه كما لو أوصى له ببعض ابن أخيه، فمات. قبل القبول، وقبل الأخ عُتِقَ الشقص، وفي السِّرَايَةِ وجهان:

أَشْبَهُهُمَا: المنع ـ؛ لأَنَّ الْمُلْكَ يحصل للميت أولاً، ثم ينتقل إليه إرثاً فكأنه لم يتملكه مقصوداً، ويجري الخلاف في السِّرَايَةِ حيث يحصل الملك بطريق اختيار، يتضمن الملك، ولا يقصد به التَّمَلُّكُ، كما إذا باع من يعتق على وارثه مثل: إن باع ابْنَ أَخِيهِ بِثَوْبٍ ومات، ووَارِثُهُ أخوه فرد الثوب بعيب واسترد الشقص عتق عليه، وهل يَسْرِي إلى الباقي؟ وهذا صورة قوله في الكتاب: «لوْ رَجَعَ إِلَيْهِ بَعْضُ قَرِيبٍ برد عِوَضِهِ بالعيب؛ لأنه رجع غير مقصود». وقوله: «لَمْ يُعْتَقْ عَلَى الأَخِ في وجه» كان الأَحْسَنُ أن يقول: لَمْ يَسْرِ ولا كلام في أن الشقص المردود؛ يعتقُ علَيه، وأراد بما ذكره «أنه لم يعتق [كله][3] عليه» [فكنى][4] به عن السِّرَايَةِ.

وأعلم أن هذه الصورة قد ذكرناها بشرحها في شروط السِّرَايَةِ؛ لأنه ذكر بعضها هناك وَضَمَّ ها هنا إلى المذكور هناك صوراً فرأينا إيرادها مَجْمُوعَةً أولى وَأَكْثَرَ فَائِدَةً. ولو وهبَ من العبد بعض من يعتق على سَيِّدِهِ فَقَبِلَ وقلنا: لا يَفْتَقِرُ قَبُولُهُ إلى إذن السيد

---

(١) في ز: بابنه.
(٢) في أ: بها.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: مُكنى.

عُتِقَ [الموهوب][(١)] على السيِّد وَسَرَىٰ؛ لأن قَبُولَ العبد كَقَبُولِهِ شرعاً[(٢)].

فرع: جَرَحَ ٱبْنٌ رَقِيقٌ أَبَاهُ فاشتراه[(٣)] الأب ثم مات من تلك الجراحة: إن قلنا: تَصِحُّ الوَصِيَّةُ للقاتل عتقَ مِنْ ثُلُثِهِ وإلاَّ لم يعتق قال «صاحب التَّهْذِيب»: وعلى هذا فيجوز أن تُجْعَلَ صِحَّةُ الشراء على وجهين كما لو اشتراه، وعليه دَيْنٌ[(٤)] والوجهان مذكوران في «كتاب الوَصَايَا».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الخَاصِيَّةُ الثَّالِثَةُ امْتِنَاعُ العِتْقِ بِالمَرَضِ) فَإِذَا أَعْتَقَ عَبْداً لاَ مَالَ لَهُ غَيْرُهُ عُتِقَ ثُلُثُهُ فَقَط، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لَمْ يُعْتَقْ شَيْءٌ، فَإِنْ مَاتَ هَذَا العَبْدُ قَبْلَ السَّيِّدِ فَيَمُوتُ رَقِيقاً كُلُّهُ، أَوْ حُرّاً، أَوْ ثُلُثُهُ حُرٌّ وَثُلُثَاهُ رَقِيقٌ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ، وَتَظْهَرُ فَائِدَتُهُ فِيمَا لو وَهَبَ وَأَقْبَضَ فَمَاتَ فِي مُؤْنَةِ التَّجْهِيزِ، أَمَّا لَوْ قَتَلَهُ المُتَّهِبُ فَعَلَيْهِ غَرَامَةُ مَا وَرَاءَ الثُّلُثِ، وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلاَثَةَ أَعْبُدٍ وَمَاتَ وَاحِدٌ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ فَيُجْعَلُ كَالمَعْدُومِ أَمْ يَدْخُلُ المَيِّتُ فِي القُرْعَةِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، فَإِنْ قُلْنَا: يَدْخُلُ فَلَوْ خَرَجَ عَلَيْهِ رِقُّ الآخَرَانِ، وَلَوْ خَرَجَ عَلَى إِحْدَى الجِهَتَيْنِ لَمْ يُعْتَقْ إِلاَّ ثُلُثَاهُ، وَمَوْتُهُ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ وَلَكِنْ قَبْلَ امْتِدَادِ يَدِ الوَارِثِ إِلَيْهِ هَلْ يَكُونُ كَالمَوْتِ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فِيهِ وَجْهَانِ، وَمِنْهُمْ مَنْ طَرَدَ الخِلاَفَ فِي مَوْتِهِ قَبْلَ القُرْعَةِ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ؛ لِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ.

---

(١) في ز: المرهون.

(٢) قال النووي في زياداته: هذا مشكل، وينبغي ألاَّ يسري؛ لأنه دخل في ملكه قهراً كالإرث. والله أعلم.
قال النووي في باب الكتابة ما نصه: لو اتهب العبد القن من يعتق على سيده بغير إذنه بنى على أن اتهابه بغير إذن السيد هل ينفذ، وفيه خلاف سبق، إن قلنا لا، فلا كلام، وإن قلنا نعم، وهو الصحيح، فإن خيف وجوب النفقة على السيد في الحال بأن اتهب زمناً والسيد موسر لم يصح قبوله؛ لأن فيه إضراراً بالسيد، وإن لم تجب النفقة في الحال لكون الرقيق كسوباً أو السيد فقيراً صح القبول وعتق الموهوب على السيد، ولو اتهب بعض من يعتق على سيده بغير إذنه وصححنا اتهابه بغير إذن ولم يتعلق به لوازم النفقة صح القبول على الأظهر ولا يسري لحصول الملك قهراً. والثاني لا يصح قاله الشيخ أبو علي إلى آخر ما ذكره، وهو مخالف لما ذكره هنا، قال في القوت: والمذهب عدم السراية وكذا صححه الشيخ البلقيني، وقال: إن الذي في المنهاج غريب لا يلتفت إليه، وادعى في المهمات أن الصواب السراية.

(٣) في أ: واشتراه.

(٤) هذا الذي قاله من تخريج عتق الجارح على القولين في الوصية للقاتل إنما تظهر على طريقة ضعيفة في أن التبرعات المنجزة على القاتل في المرض تخرج على قولي الوصية، لكن المذهب القطع بالصحة من غير تخريج على القولين.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: سبق في «الوصايا»: أن التبرعات في مرض الموت، تُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ، وأن العتق من التبرعات، وقد يَنْدَفِعُ [لذلك][1] وُقُوعُهُ في المرض وإنما يُعْتَبَرُ ٱلثُّلُثُ بعد حط قدر الدَّيْنِ، فلو[2] كان الدين مُسْتَغْرِقاً لم يُعْتَقْ منه شيء وسنعود إلى هذا.

وإذا عرف ذلك ففي الفصل مسألتان:

إِحْدَاهُمَا: إذا أعتق عبداً لا مال له غيره؛ لم يُعْتَقْ منه إلاَّ ثُلُثُهُ وإن مات هذا العبد بعد موت السيد مات [وثلثه حراً][3]، وإن مَاتَ قبل موت السيد ففيه ثلاثة أَوْجُهٍ:

أَحدها: أن يموت رقيقاً كُلُّهُ؛ لأن ما يُعْتَقُ يَنْبَغِي أَنْ يَحْصُلَ للورثة مِثْلاَهُ وها هنا لم يَحْصُلْ لهم شيء[4]، ويؤثر عن الشيخ أَبِي زَيْدٍ ـ أنه قال: أَجَبْتُ به في مجلس الشيخ أَبِي بَكْرٍ ٱلمَحْمُودِيِّ فَرَضِيَهُ وَحَمَدَنِي عليه.

والثاني: أنه يموت حراً كُلُّهُ؛ لأن ما يَهْلَكُ في حياة المُوَرِّثِ لا حق فيه للورثة؛ حتى يَرُدَّ تَبَرُّعَهُ لحقهم، ولأنه لا فائدة في إِرْقَاقِ شيء منه فلا[5] يحصل للورثة منه شيء.

والثَّالِثُ ـ وبه قال القَفَّالُ: أنه يموت ثُلُثُهُ حراً، وَثُلُثَاهُ رقيقاً كما لو مات بعد موت السيد؛ ولأنه لو عَاشَ عَاشَ على الرِّقِّ والحرية فإذا مات مات عليهما.

والأصح عند الصَّيْدَلاَنِيِّ الوجه الأول، ولم يورد في «التَّهْذِيبِ» إلاَّ الوجهين الآخرين، وبناهما على أنه إذا زاد التَّبَرُّعُ على الثُّلُثِ، وأجازه الوارث؛ فهو تَنْفِيذٌ لما فعله المورث أو ابتداء عَطِيَّةٍ، وتمليك من الوارث؛ إن قلنا بالأول، فيموت حراً؛ لأن ما فعله المورث تنفيذ، وإن قلنا بالثاني، فلا؛ لأن تَبَرُّعَهُ غَيْرُ نَافِذٍ فيما زاد على الثُّلُثِ.

وتظهر فائدة الخلاف في شيئين:

أحدهما: وهو المذكور في الكتاب: إذا وَهَبَ في مرض الموت عبداً لا مال له غيره وَأَقْبَضَهُ، ومات العبد قبل موت السيد فإن قلنا في مَسْأَلَةِ العتق يموت رقيقاً، فها هنا يموتُ على مِلْكِ الوَاهِبِ، وعليه مَؤُنَةُ تجهيزه، وإن قلنا يَمُوتُ حراً يموت ها هنا على مِلْكِ المَوْهُوبِ منه وعليه المُؤْنَةُ، وإن قُلْنَا بالوجه الثالث؛ وُزِّعَتِ المَؤُنَةُ عليهما.

والثاني: إذا كان لهذا العبد وَلَدٌ من مُعْتَقَةٍ كان وَلاَءُ الولد لموالي أُمِّهِ فإن قلنا: إنه

---

(١) في ز: كذلك. (٢) في أ: فإن.
(٣) في ز: حراً ثلثه.
(٤) هذا مخالف لما ذكره الشيخ في باب الوصية من أن الصحيح أنه يموت حراً. قال في الخادم: وهو الصواب فإن القاضي ذكر أن أبا سهل الأبنوردي حكاه عن نص الشافعي قال يموت حراً كله.
(٥) في ز: ولا.

يموت حُرّاً، [فينجر][١] الولاء إلى معتق الأب، وإن قلنا: يعتق ثُلُثُهُ ينجز ولاء الثلث، وقد ينجز الولاء في بعض ٱلْعِتْقِ دُونَ بَعْضٍ كما لو[٢] اشترى ٱبْنَا مَمْلُوكٍ أُمُّهُمَا معتقة أباهما بالسَّوِيَّةِ، ينجر ولاء نصف كل واحد منهما إلى الآخر، ويبقى النصف الآخر لمعتق الأم.

ولو أَعْتَقَ في المرض عَبْداً وله مَالٌ سواه فمات قبل موت المعتق؛ فقد ذَكَرَ الإمام: أن جَمَاهِيرَ الأصحاب ـ رحمهم الله ـ قالوا: لا يحسب من الثلث ولا يُزَاحِمُ أَرْبَابُ ٱلْوَصَايَا، بل يجعل كأن ذلك العبد لم يكن؛ لأن الوصية إنما تتحقق بالموت، فإذا لم تبق إلى الموت؛ لم يَدْخُلْ في الحِسَابِ، وأنه يجيء على قولنا: إِنَّ حُكْمَهُ بعد الموت، كحكمه لو عاش أن يحسب من الثلث ويزاحم أرباب الوصايا.

ولو وَهَبَ عبداً، وأَقْبَضَهُ وله مال آخر فَتَلَفَ في يد ٱلْمُتَّهَبِ قبل موت الوَاهِبِ، فهو كما لو أَعْتَقَهُ، وهذا كما أَنَّ هِبَتَهُ، ولا مال له سواه بمثابة إعتاقه، ولا مال له سواه، ولو أَتْلَفَهُ ٱلْمُتَّهَبُ فهو كما لو كان باقياً حتى إذا[٣] كان له مال آخر فيحسب من الثلث الموهوب، وإذا لم يخرج من الثلث يَغْرَمُ المتهب للورثة ما يزيد على الثلث بخلاف ما إذا تلف، لأن الهِبَةَ ليست مُضَمَّنَةً، والإِتْلاَفُ مُضَمَّنٌ على كل حال. وأشار الإمام إلى أنه يحتمل أن تَجِبَ ٱلضَّمَانُ في صورة التلف، إذا قلنا: «أنه يُحْسَبُ من الثلث»، فَإِنَّ الزائدَ على الثلث حينئذ، يَتَبَيَّنُ أنه تَلَفَ في يده لغيره، فيكون كما لو وَهَبَ ٱلْغَاصِبُ ٱلْمَغْصُوبَ من غيره، وَأَقْبَضَهُ فتلف في يد الموهوب منه فإنا قد نقول: باستقرار الضمان عليه.

قال: وبتقدير ألا يجب الضمان في التَّلَفِ، فيجوز ألاَّ يجب في صورة الإتلاف أيضاً، كما أَنَّ الوَاهِبَ في [حياته] لا يُطَالِبُ ٱلْمَوْهُوبَ منه بشيء سواء تَلَفَ ٱلْمَوْهُوبُ في يَدِهِ، أو أَتْلَفَهُ.

الثانية: إذا أَعْتَقَ ثَلاَثَةَ أَعْبُدٍ قيمتهم سواء، وهو لا يملك غيرهم، فمات أَحَدُهُمْ قبل موت السَّيِّدِ، فالذي يوجد للأصحاب على اختلاف طبقاتهم، وهو مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ ـ رضي الله عنه ـ: أن المَيِّتَ يَدْخُلُ في القُرْعَةِ، وذكر الإِمَامُ أَنَّ قِيَاسَ ما ذكرنا في العبد الواحد، أَنْ يُجْعَلَ ٱلْفَائِتُ كالمعدوم، ويُقَدَّرُ كَأَنَّهُ أَعْتَقَ عبدين، لا مال له سِواهُمَا، وأقام صاحب الكتاب هذا وَجْهاً[٤] فقال: «يُجْعَلُ المَيِّت كالمعدوم، أم يَدْخُلُ

---

(١) في ز: فيتجزأ.

(٢) في ز: إذا.

(٣) في أ: لو.

(٤) واعلم أن الإمام بنى كلامه على الوجهين في أن العبد مات كله حراً أو رقيقاً ولم يبينه على مذهب القفال، ولا شك أن مذهبه يطرد في الجميع أيضاً. قال ابن أبي الدم: وقطع العراقيون وغيرهم بدخل الميت في القرعة من غير ملاحظة هذا البناء.

في القرعة؟ فيه خلاف». ولك أن تقول: [نحن](١) في الصورتين جميعاً نبقي للورثة مِثْلَيْ مَا مات [الموروث](٢) عنه، ولا يَدْخُل الغائب في حساب التَّرِكَةِ على ما سَيَتَّضِحُ في التفريع، لَكِنَّ ٱلْعَدَدَ من العبيد مَحَلُّ الْقُرْعَةِ، وَإِدْخَالُهُ في القُرْعَةِ يَنْفَعُ الوَرَثَةَ والعبد الواحد ليس مَحَلَّ القرعة وإذا أدخل الميت في القرعة، فإن خَرَجَ له سَهْمُ العتق بَانَ أنه مات حُراً مَوْرُوثاً عنه وَرَقُّ الآخَرَانِ، وإن خرج له سَهْمُ ٱلرِّقِّ؛ لم يُحْسَبْ على الورثة؛ لأنهم يَسْتَغْنُونَ بالمال، وَمَنْفَعَتِهِ وَيُحْتَسَبُ بِهِ عن المُعْتِقِ؛ لأن المُعْتِقَ يبغي الثواب، وتُعَادُ القرعة بين العبدين، كما لو لم يكن إلاَّ عبدان فَأَعْتَقَهُما فمن خَرَجَ له سَهْمُ العتق، عتقَ ثُلُثَاهُ وَرَقَّ(٣) ثُلُثُهُ مع(٤) العبد الآخر، ولو خَرَجَ سَهْمُ العتق ابتداءً على أحد ٱلْحَيَّيْنِ، فكذلك يُعْتَقُ ثُلُثَاهُ ويمكن أن يقال: إذا لم يَكُنِ ٱلمَيِّتُ من التركة وَخَرَجَ سَهْمُ ٱلْعِتْقِ على أحد الحيين وَأَقَمْنَا فيهما رَسْمَ ٱلثُّلُثِ وَٱلثُّلُثَيْنِ، فيفرد ٱلْمَيِّتُ بالحكم حتى يجيء الخلاف في أنه يموت حُراً أو رَقِيقاً، كما لو أَعْتَقَ عبداً لا مال له غيره، ولو مات أَحَدُهُم بعد موت السَّيِّدِ، وَقَبْلَ ٱمْتِدَادِ يَدِ ٱلْوَارِثِ إلى التَرِكَةِ فالحكم كما لو مات قبل موت السَّيِّد.

وَلَفْظُ ٱلصَّيْدَلاَنِيِّ يَقْتَضِي الاكْتِفَاءَ [بألاَّ] يكون المَيِّتُ في يده لثبوت الحكم المذكور، وإن مَاتَ بعد امتداد يد [الوارث إلى التركة](٥) وقبل ٱلإِقْرَاعِ ففيه وجهان:

أَصَحُّهُمَا: أنه يُحْسَبُ ٱلمَيِّتُ على الورثة، حتى لو خَرَجَتِ ٱلْقُرْعَةُ لأحد الحيين يعتقُ كُلُّهُ، وذلك لِأَنَّ الميت دخل في أيديهم وَضَمَانِهِم.

والثاني: أَنَّ ٱلْحُكْمَ كما لو مات قَبْلَ ثبوت أَيْدِيهِم على التَرِكَةِ؛ لِأَنَّهُم لا يَتَسَلَّطُونَ على التصرف، وإن ثَبَتَتْ يَدُهُمُ ٱلحِسِّيَّةُ.

وقوله في الكتاب: «وَمَوْته بعد مَوْتِ ٱلسَّيِّدِ، ولكن قبل امتداد [يد الوارث». إلى آخره في إثبات وجهين فيما قبل(٦) امتداد أيديهم]، وفي أن بَعْضَهُم طرد الوجهين فيما إذا مات بعد امتداد أيديهم، والذي يُوجَدُ لغيره أَنَّ ٱلْحُكْمَ فيما إذا مات قبل الامتداد كهو فيما إذا مات قبل موت السيد وإن فيما بعد ٱلاْمْتِدَادِ وَجْهَيْنِ، وكذلك ذكره الإِمَامُ، وصاحب الكتاب في «الوَسِيطِ» وما ساقه في الكتاب من تَفَرُّدَاتِهِ ولا يُؤْمَنُ صُدُورُ مِثْلِهِ عن السَّهْوِ، ولو كانت الصُّورَةُ بحالها، ومات اثنان قبل موت السَّيِّد فعن ٱبْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ: أنه يُقْرَعُ بينهم، فإن خَرَجَ سَهْمُ العتق على أَحَدِ ٱلمَيِّتَيْنَ عتق نِصْفُهُ، وَيَحْصُلُ للورثة مِثْلاَهُ، وهو العبد الحي، وإن خَرَجَ سَهْمُ ٱلرِّقِّ عليه أَقْرَعْنَا بَيْنَ ٱلمَيِّتِ ٱلآخَرِ وَبَيْنَ

(١) في ز: يجيء.
(٢) في ز: المورث.
(٣) في أ: ويرق.
(٤) في أ: عبد.
(٥) في ز: الورثة.
(٦) سقط في: ز.

ٱلْحَيِّ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ العتق(١) على الميت الآخر؛ أَعْتَقْنَا نِصْفَهُ الآخر، وإن خَرَجَ سهم الرق عليه؛ لم يُحْسَبْ على الورثة، وَأَعْتَقْنَا ثُلُثَ العبد الحي.

وَلَوْ قُتِلَ أَحَدُ العبيد قبل موت السَّيِّد، أو بعده؛ فيدخل ٱلْقَتِيلُ في القرعة لا محالة؛ لأن قيمته تَقُومُ مقامه فإن خَرَجَ سَهْمُ العتق لِأَحَدِ ٱلْحَيَّيْنِ عتق كُلُّهُ وللورثة الآخر وقيمة القتيل فإن خرج لِلْقَتِيلِ بَانَ أنه قُتِلَ حُرّاً، وعلى قاتله ٱلدِّيَةُ لِوَرَثَتِهِ، وأما القِصَاص فعن بعض الأصحاب: أنه لا يجب إن كان قاتله حراً بخلاف ما إذا قال لعبده: إِنْ جُرِحْتَ؛ فأنت حر قبله، فَجَرَحَهُ حُرٌّ، ومات من الجِرَاحَةِ حيث يجب القصاص؛ لِأَنَّ الحُرِّيَّةَ مُتَعَيِّنَةٌ فيه، وهَا هُنَا التَّعْيِينُ بِٱلْقُرْعَةِ.

قال «صاحب التَّهْذِيبِ»: يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُون في المَسْأَلَتَيْنِ جميعاً وجهان؛ لأنه قتل من ٱعْتَقَدَ رِقَّهُ، كما لو قَتَلَ من عَرَفَهُ رقيقاً فَبَانَ أنه كان عُتِقَ ففي وجوب القصاص قولان.

وَٱعْلَمْ أن الكلامَ في المسألة الثانية من فروع القرعة، والخاصِيَّةُ(٢) ٱلرَّابِعَةُ أَحَقُّ بِأَنْ تودع(٣) فيها، وَلَكِنْ لما ذكرت(٤) مَوْتَ العبد الواحد إذا أُعْتِقَ؛ عَقِبَهُ بالقول في موت الواحد من الجَمَاعَةِ، إذا أعتقوا وقد يُوجَدُ في كثير من نُسَخِ ٱلْكِتَابِ في آخر الفصل، «وإن كان بعد موت السيد» وهو غَلَطٌ وَٱلصَّوَابُ بعد ثبوت اليد أو بعد امتداد اليد.

قَالَ ٱلْغَزَالِيُّ: **(الخَاصِيَّةُ الرَّابِعَةُ:) القُرْعَةُ وَمَحَلُّهَا أَنْ يَعْتِقَ عَبِيداً مَعاً يَقْصُرُ ٱلثُّلُثُ عَنهُمْ، وَلَوْ أَعْتَقَ عَلَى تَرْتِيبٍ فَالسَّابِقُ مُقَدَّمٌ، وَلَوْ أَوْصَى عَلَى تَرْتِيبٍ أَوْ جَمْعٍ أَقْرَعَ، وَقِيلَ: لاَ قُرْعَةَ فِي الوَصِيَّةِ بَلْ يقسم عَلَيْهِمْ، وَلَوْ قَالَ الثُّلُثُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حُرٌّ فَفِي إِجْرَاءِ القُرْعَةِ وَجْهَانِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الخَاصية مُرَتَّبٌ(٥) على طَرَفَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: في مَحَلِّ القُرْعَةِ ـ وهو أَنْ يَعْتِقَ عبيداً في مرض موته دَفْعَةً وَاحِدَةً يقصر عنهم ثلث ماله، ولم يجز للورثة صنيعه فَيَقْرَعُ بينهم لِتَجْتَمِعَ الحرية في بعضهم؛ فَيُعْتَقُ بِكَمَالِهِ، أو يقرب من العتق وبه قال مَالِكٌ، وَأَحْمَدُ.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: لا يُقْرَعُ، بل يُعْتَقُ من كل واحد ثُلُثَهُ وَيُسْتَسْعَىٰ في الباقي وقد ذكرناه مع مُعْتَمَدِنَا في القُرْعَةِ، وهو خَبَرُ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ ـ رضي الله عنه ـ في كيفية

(١) في ز: الرق.
(٢) في أ: والخاصة.
(٣) في أ: يوزع.
(٤) في ز: ذكر.
(٥) في أ: يترتب.

احتساب التَّبَرُّعَاتِ من الثُّلُثِ من «كتاب الوصايا»، وفي [الضابط][(١)] المذكور قيود:

أَحَدُهَا: وُقُوعُ ٱلإِعْتَاقِ في مرض الموت، فإن أَعْتَقَهُم لاَ فِي مَرَضِ الموت عتقوا جميعاً ولا قُرْعَةَ.

والثاني: أَنْ يَعْتَقِهُم دَفْعَةً واحدة، مثل: أَنْ يُوَكِّلَ بِإِعْتَاقِ كل واحد وكيلاً [فيعتقوا][(٢)] معاً [أو][(٣)] يقول: هؤلاء أَحْرَارٌ أو يقول لهم: أَعْتَقْتُكم، أو أنتم أحرار فإن أَعْتَقَهُم على الترتيب يقدم ٱلأَوَّلُ فَٱلأَوَّلُ إلى أن يتم الثُّلُثُ وذلك مثل أن يقول: سَالِمٌ حُرٌّ، وَغَانِمٌ حر، وفائق حُرٌّ، ولو قال: سالم وغانم وفائق أحرار فهو محل القرعة.

ولو قال: سالم وغانم وفائق حر ـ فعن القاضي أَبِي حَامِدٍ: أنه يراجع، فإن قال: أردت حرية كل واحد منهم فهو كما لو قال: أَحْرَارٌ؛ وإن قال: أردت حرية الأخير قُبِلَ ولا قُرْعَةَ. وإن قال: أردتُ حُرِّيَّةِ غَيْرِه لم يُقْبَلْ.

والثالث: أن يقصر عنهم ثلث ماله، ولا يجيز الورثة فإن وَفَّىٰ الثُّلُثُ بالمعتقين أو أجاز الورثة عتقوا جميعاً.

ولو أوصى بإعتاق عبيد[(٤)] ولم يَفِ الثُّلُثُ بِهِمْ، ولم يُجِزِ ٱلوَرَثَةُ فيقرع أيضاً ولا فرق ها هنا بين أَنْ يُوصِيَ بإعتاقهم دفعة واحدة، وبين أن يقول: أَعْتِقُوا عبدي فلاناً ثم يقول: أَعْتِقُوا فلاناً؛ لأن وقت الاستحقاق واحد وهو الموت، بخلاف ما إذا رَتَّبَ الإِعْتَاق المنجز إلاَّ أن يُقَيِّدَ فيقول: أَعْتِقُوا فلاناً ثم فلاناً، ولو عَلَّقَ ٱلعِتْقَ بالموت فقال: إذا مُتُّ فأنتم أحرار أو أَعْتَقْتُكُمْ بعد موتي، أَوْ رَتَّبَ فقال: إذا مُتُّ فَفُلاَنٌ حُرٌّ ثُمَّ قَالَ: إذا مُتُّ فَفُلاَنٌ حُرٌّ يُقْرَعُ أيضاً، وفي الوَصِيَّةِ وتعليق العتق وَجْهٌ: أنه لا قُرْعَةَ بل يُعْتَقُ من كل وَاحِدٍ ثُلُثَهُ؛ لأن ٱلْقُرْعَةَ على خلاف القياس، وإِنَّمَا ورد بها الخبر في الإعتاق ٱلمُنَجزِ، وقد ذكرنا هذا في «الوَصَايَا»، والظَّاهِرُ الأول.

ولو قال: أَعْتَقْتُ ثُلُثَ كُلِّ واحد منكم، أو أَثْلاَثُ هَؤُلاَءِ أَحْرَارٌ. فوجهان:

أحدهما: أنه [لا][(٥)] يُقْرَعُ بَيْنَهُم، بل يُعْتَقُ من كل واحد ثُلُثه لِتَصْرِيحِهِ بِٱلتَّبْعِيضِ وأصحهما ـ على ما ذُكِرَ فِي «ٱلتَّهْذِيب»: أنه يُقْرَعُ أيضاً؛ لأن العبيد له على الخلوص، وَإِعْتَاقُ بَعْضِ العبد الخَالِصِ كَإِعْتَاقِ كُلِّهِ وصار كما لو قال: أعتقتكم ـ وقد سبق هذا في «الوصايا» أيضاً، وسبق أنه لو قال: أَعْتَقْتُ ثُلُثَكُم ـ أو ثلثكم حُرٌّ فهو كقوله: أعتقتكم أو كقوله: أَثْلاَثُ هَؤُلاَءِ أَحْرَارٌ فيه طريقان ـ وأنه لو أَضَافَ إلى الموت فقال: ثُلُثُ كُلِّ

---

(١) في ز: الضبط.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: و.
(٤) في أ: عبد.
(٥) سقط في: ز.

واحد حُرٌّ بَعْدَ موتي أَوْ أَثْلاَثُ هَؤُلاَءِ أحرار بعد موتي، [فيعتق][1] مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثُهُ ولا يُقْرَعُ؛ لأنَّه لا سِرَايَةَ بعد الموت، وحكى[2] وَجْهاً آخَرَ: أنه يقرع كما لو نجز في المرض وَالظَّاهِرُ الأَوَّلُ، وعليه فَرَّعَ ابْنُ الحَدَّادِ، ولصاحب الوجه الآخر أن يقول: نعم لا سِرَايَةَ بعد الموت، وَلَكِنَّ قوله: «ثُلُثُ كُلِّ وَاحِدٍ منكم حُرٌّ نزلتموه منزلة» قوله: «أَعْتَقْتُكُم حِينَ[3] حَكَمْتُمْ بِالْقُرْعَةِ فِيهِ» في أظهر الوجهين، وإذا نزل منزلته فلو قال: أعتقتكم بعد موتي يُقْرَعُ بينهم فكذلك[4] إذا قال: ثُلُثُ كُلِّ واحد منكم حُرٌّ بعد موتي، فأعتدّ بأن أحدهما يعتبر لمعرفة الثلث فيمن أَعْتَقَهُ منجزاً في المرض قيمة يوم الإعتاق وفيمن أَوْصَىٰ بعتقه يوم الموت؛ لأنه وَقْتُ الاسْتِحْقَاقِ [وفيما][5] يبقى للورثة أَقَلُّ قِيمَةٍ من يوم الموت إلى أن يقبضوا التركة؛ لأنه إن كانت قيمة يوم الموت أقل فالزيادة حصلت في ملكهم وإن كانت قيمة يوم القبض أقل فما نقص قبل ذلك لم يدخل في يدهم فلا يحسب عليهم كما يغصب أو[6] يضيع من التركة قبل أن يقبضوه، وإذا نجز إعتاق عبد في المرض وأوصى بإعتاق آخر قومنا الأول حال إعتاقه والآخر [حال الموت][7] وبقية التركة بأقل القيمتين، فإن خرجا من الثلث عتقا وإن خرج [أحدهما][8] أعتقنا المنجز إعتاقه وإن زاد الثلث على أحدهما أعتقنا بقدر الزيادة من الموصى بإعتاقه وإن نقص الثلث أعتقنا بقدره [من][9] المنجز إعتاقه.

ولو أعتق في المرض عبداً مبهماً بأن قال: أحد هؤلاء حر، أو أوصى بإعتاق [واحد][10] منهم أيضاً بأن قال[11]: أعتقوا أحد هؤلاء ـ ففي «جمع الجوامع» للروياني: أنه يكتب رقعة للعتق، وأخرى للوصية، ورقعتان للتركة، فمن خرج له العتق فكأنه أعتقه بعينه ومن خرج له الوصية فكأنه أوصى بإعتاقه بعينه ثم يكون الحكم كما سبق.

وفي «الشامل»: أنه يميز الثلث بالقرعة أو لا، ثم يميز بين المنجز إعتاقه وبين الآخر.

والثانية: كل عبد من المنجز إعتاقهم عتق بالقرعة يحكم بعتقه من يوم الإعتاق لا من يوم القرعة ويسلم له ما اكتسبه من وقت الإعتاق غير محسوب من الثلث سواء اكتسبه في حياة المعتق أو بعد موته وكل من بقي رقيقاً منهم فأكسابه قبل موت المعتق

---

(1) في ز: يعتق.
(2) في ز: وحكينا.
(3) في أ: حتى.
(4) في أ: وكذا.
(5) في ز: ومنها.
(6) في أ: و.
(7) في ز: حر.
(8) في ز: أحدهم.
(9) في ز: في.
(10) سقط في: ز.
(11) في ز: وقال.

تحسب على الوارث في الثلثين وأكسابه بعد موته وقبل القرعة لا تحسب عليه لحصوله على ملكه، فلو أعتق في مرضه ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم قيمة كل واحد مائة، واكتسب أحدهم مائة، وأقرعنا فإن خرجت القرعة للمكتسب عتق وفاز بكسبه ورق الآخران، وإن خرجت لأحد الآخرين عتق، ثم تعاد القرعة بين المكتسب والثاني فإن خرجت للثاني عتق ثلثه وبقي [ثلثاه مع المكتسب][1] وكسبه للورثة وإن خرجت للمكتسب وقع في الدور لأنه يعتق بعضه ويتوزع الكسب على ما عتق وعلى ما رق ولا [يحسب][2] عليه حصة ما عتق وتزيد التركة بحصة ما رق وإذا زادت التركة زاد ما عتق وتزيد حصته وإذا زادت حصته نقصت حصة التركة وطريق استخراجه قد بيناه في المسائل الدورية من «الوصايا» والحكم: إنه يعتق منه ربعه ويتبعه ربع كسبه، يبقى للورثة ثلاثة أرباعه وثلاثة أرباع كسبه مع العبد الآخر، وجملتها ضعف ما عتق.

ولو اكتسب أحدهم مائتين وخرجت القرعة الثانية لغير المكتسب عتق ثلثاه، وبقي ثلثه، والمكتسب وكسبه للورثة، وإن خرجت للمكتسب فقد عتق منه شيء وتبعه من الكسب شيئان؛ لأن كسبه مثلا قيمته تبقى للورثة أربعة أعبد إلاَّ ثلاثة أشياء، وإن شئت قلت أربع مائة إلاَّ ثلاثة أشياء تعدل ضعف ما عتق وهو عبدان وشيئان فبعد الجبر أربعة أعبد تعدل عبدين وخمسة أشياء نسقط عبدين بعبدين يبقى عبدان [وشيئان][3] في مقابلة خمسة أشياء فالشيء خمس العبدين وهما خمسا عبد وذلك أربعون فقد عتق مائة وأربعون وبقي للورثة ثلاثة أخماسه ستون وثلاثة أخماس كسبه مائة وعشرون والعبد الآخر وجملتها مائتان وثمانون.

ولو اكتسب أحدهم خمسين وخرجت القرعة الثانية لغير المكتسب عتق سدسه وهو ستة عشر وثلثان[4] وبقي خمسة أسداسه والمكتسب وكسبه للورثة، وجملة ذلك مائتان وثلاثة وثلاثون وثلث ضعف ما عتق، وإن خرجت للمكتسب عتق منه شيء وتبعه من الكسب نصف شيء، يبقى للورثة عبدان ونصف سوى شيء ونصف شيء؛ وذلك عدل ضعف ما عتق وهو عبدان وشيئان فبعد الجبر يصير عبدان ونصف في معادلة عبدين وثلاثة أشياء ونصف، نسقط عبدين بعبدين تبقى المعادلة بين نصف عبد وبين ثلاثة أشياء ونصف والشيء من ثلاثة أشياء ونصف سبعاه فالشيء سبعا نصف عبد وسبعا نصف عبد سبع عبد فعرفنا أنه عتق منه سبعه وهو أربعة عشر وسبعان ويتبعه من الكسب سبعه غير محسوب عليه يبقى للورثة ستة أسباعه، وهي خمسة وثمانون وخمسة أسباع،

(١) في ز: ثلثاه للمكتسب.
(٢) في ز: يحتسب.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: وثلث.

ومن الكسب ستة أسباعه، وهي اثنان وأربعون ستة أسباع، والعبد الآخر وهو مائة وجملة ذلك مائتان وثمانية وعشرون وأربعة أسباع ضعف ما عتق.

ولو كانت المسألة كما صورنا واكتسب كل واحد من العبيد مائة فمن خرجت له القرعة عتق وتبعه كسبه، ثم تعاد القرعة بين الآخرين، فمن خرجت له القرعة عتق منه شيء وتبعه من الكسب مثله يبقى مع الورثة أربعة أعبد سوى شيئين يعدل ضعف ما أعتقنا وهو عبدان وشيئان، فبعد الجبر يعدل أربعة أعبد عبدين وأربعة أشياء فنسقط عبدين بعبدين يبقى عبدان في مقابلة أربعة أشياء فالشيء نصف العبد، فعلمنا أنه عتق من هذا العبد نصفه وتبعه نصف كسبه غير محسوب يبقى للورثة نصفه الآخر ونصف كسبه والعبيد الآخر وكسبه، وجملته ثلاثمائة ضعف ما عتق، وقد قدمنا لهذه الصورة نظائر في «الوصايا» فلا نطول، وهذا كله في الأكساب الحاصلة في حياة المعتق.

ولو اكتسب واحد من العبيد في المثال المذكور مائة بعد موته فإن خرجت القرعة للمكتسب عتق وتبعه كسبه غير محسوب كما لو اكتسب في الحياة وإن خرجت القرعة لغير المكتسب عتق ورق الآخران، وَلاَ تُعَادُ ٱلْقُرْعَةُ لِلْكَسْبِ بَلْ يَفُوزُ به الوَرَثَةُ؛ لحصوله في ملكهم، وَكَسْبُ مَنْ أَوْصَىٰ بِإِعْتَاقِهِ في حياةِ الموصى، للموصى تَزِيدُ بِهِ ٱلتَّرِكَةُ والثلث، وكسبهُ بعد موته لا تزيد به التَّرِكَةُ وَٱلثُّلُثُ بلا خِلاَفٍ. وحكى ٱبْنُ ٱلصَّبَّاغِ: في أنه لِلْوَرَثَةِ، أو للعبد طريقين:

أَحَدُهُمَا: أن فيه قولين، كالقولين في أَنَّ كَسْبَ ٱلْعَبْدِ ٱلْمُوصَىٰ بِهِ بعد موت ٱلْمُوصِي، وَقَبْلَ ٱلْقَبُولِ للورثة أو لِلْمُوصَىٰ لَهُ.

وَأَصَحُّهُمَا: القطع بأنه للعبد.

والفرق أَنَّهُ ٱسْتَحَقَّ العتقَ. بموت الموصى ٱسْتِحْقَاقاً مستقراً وَٱلْمُوصى غير مستقر، بل ٱلْمُوصَىٰ لَهُ بالخيار، بين الرد وٱلْقَبُولِ، وإذا زادت قيمة من نُجِزَ إِعْتَاقِه [بموت الموصى][(١)] كانت الزيادة كالكسب. فَمَنْ خرجت له قُرعَةُ العتق؛ تبعته الزيادة غَيْرَ مَحْسُوبَةٍ عليه، وكذا لو كان مِمَّنْ أَعْتَقَهُم جَارية فَوَلَدَتْ قَبْلَ مَوْتِ المعتِقِ؛ فالولد كالكسب، فإذا خرجت القُرْعَةُ لها؛ تَبِعَهَا الولد غَيْرَ مَحْسُوبٍ من الثلث، وَإِنْ خَرَجَتْ لغير الذي زادت قيمته، أو الذي وَلَدَتْ؛ وَقَعَ ٱلدَّوْرُ[(٢)]، ولو أَعْتَقَ ثَلاَثَةَ أَعْبُدٍ لا مال له غيرهم قِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِائَةٌ [فبلغت][(٣)] قيمة أَحَدِهِم مائتين فهو كما لو اكتسبت [أحدهم][(٤)] مِائَةً [ولو أعتق جاريتين قيمة كل واحدة مائة فولدت إحداهما ولداً قيمته

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في أ: فلو.
(٣) في ز: فيغلب.
(٤) في ز: إحداهما.

مائة، فهو كما لو اكتسب أحدهما مائة][1] فإن خَرَجَتِ ٱلْقُرْعَةُ للتي لم تلد؛ عتقت وَرَقَّتِ ٱلْوَالِدَةُ وَوَلَدُهَا، وَهُمَا ضِعْفُ ما أعتقنا، وَإِنْ خَرَجَتْ للوالدة عتق[2] منها شيء، وتبعها من الولد مثله؛ يبقى مع الورثة ثَلاثَمائَةٍ سوى شَيْئَيْنِ تَعْدِلُ ضِعْفَ ما أَعْتَقْنَا محسوباً وهو شيئان. فبعد الجبر يَعْدِلُ ثَلاثَمائَةٍ أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ فَٱلشَّيْءُ رُبْعُ ٱلثَّلاثِمِائَةِ، وَرُبْعُ الثلاثمائة: ثلاثة أرباع المائة، فَعَرَفْنَا أَنَّهُ عتق منها ثَلاثَةُ أَرْبَاعِهَا وتبعها ثلاثة أرباع الولد، يَبْقَىٰ مع الورثة ربعها، وربع الولد والجارية الأخرى، وجملة ذلك مائَةٌ وَخَمْسُونَ ضعف ما عتق منها، وَفَرْعٌ على هذا الأصل أَنَّهُ لو قال لجارية له حامل في مرض موته: أَنْتِ حُرَّةٌ أو ما في بطنك فَوَلَدَتْ لِمَا دُونَ سِتَّةِ أشهر من يوم الإعتاق، ولم يتفق تعيين فيقرع بينهما، فإن خَرَجَتْ لِلْوَلَدِ عتق دون الأم، فإن لم يَفِ به الثلث؛ عتق منه بقدر الثلث، وإنْ خرجت للأم عُتِقَتْ وتبعها الولد إن وَفَّىٰ بهما الثُّلُثُ، وَإِلاَّ فيعتق منها شيء، وتبعها من الولد شيء.

وطريق ٱلاسْتِخْرَاجِ ما ذكرناه فيما إذا أَعْتَقَ عبداً واحداً فاكتسب في «باب الوصايا»، وتقويم الولد إنما يكون في يوم الولادة، وهذا الذي ذكرناه فيما إذا ولدت الجارية قبل موت المُعْتِقِ، فإن[3] وَلَدَتْ بعد موته؛ نُظِرَ إن ولدت لِأَكْثَرَ من ستة أشهر من يوم الموت، فَٱلْوَلَدُ كالكسب الحاصل بعد موتهِ، إنْ خَرَجَتِ ٱلْقُرْعَة للوالدة؛ عتقت، وتَبِعَهَا ٱلْوَلَدُ، وإن خَرَجَتْ لغير الوالدة؛ عُتِقَتْ، ولا تُعَادُ ٱلْقُرْعَةُ للولد؛ لأنه حَدَثٌ على مِلْكِ الورثة، وإن وَلَدَتْ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فهل تحسب على الوارث حَتَّى تُعَادَ ٱلْقُرْعَةُ؟

قال «صَاحِبُ التَّهْذِيبِ»: يُبْنَىٰ على أَنَّ الحملَ هل يعرف؟ إن قلنا: لا فهو كالحادث بَعْدَ الموت، فَلاَ تُعَادُ، وإن قلنا: نعم فكالحادث بَعْدَهُ فتعاد، وَأَطْلَقَ ٱلصَّيْدَلاَنِيُّ حكاية وجهين في أنه: إذا وَلَدَتِ ٱلْجَارِيَةُ بعد الموت، هل يُحْسَبُ الولد على الوَرَثَةِ من الثُّلُثَيْنِ؟ ولو نقصت قيمة من نجز عتقه قبل موت المُعْتِقِ فإن كان النقصان فيمن خرجت له قرعة العتق؛ فهو محسوب عليه؛ لأَنَّهُ محكوم بِعِتْقِهِ من يوم الإعتاق وإن كان فيمن رَقَّ؛ فلا يُحْسَبُ على الورثة إذا لم يحصلْ لهم إلا النَّاقِصُ. فلو أعتق عبداً لا مال له غَيْرُهُ قيمته مائَةٌ فرجع[4] إلى خَمْسِينَ. فقد ذكرنا طريق استخراجه في «الوصايا».

وبإيراد آخر نقول: عتق منه شيء ورجع إلى نصف شيء يبقى خمسون ناقصة فنصف شيء يَعْدِلُ ضِعْفَ ما عتق، وهو شيئانِ، فبعد ٱلْجَبْرِ يَعْدِلُ خمسون شيئين

(١) سقط في: ز.
(٢) في أ: أعتق.
(٣) في أ: وإن.
(٤) في ز: فيرجع.

ونِصْفَ شَيْءٍ، فَعَرَفْنَا أنه يعتق منه خمسه؛ لأن النصف من شيئين، ونصف خمس، وإن كان قيمته يوم الإعتاق عشرين فعاد إلى عشرة، وبقي للورثة أربعة أخماسه وقيمته يوم الموت أربعون، وهي ضعف ما عُتِقَ، ولو أَعْتَقَ ثَلاثَةَ أَعْبُدٍ قِيمَةُ كل واحد مائة فعادت قيمة أحدهم إلى خمسين، فإن خَرَجَتِ ٱلْقُرْعَةُ للذي انتقص قيمته عتق، ولا يُعْتَقُ من الآخرين شيء؛ لأنه كانت قيمته يوم الإعتاق مائة، فينبغي أن يبقى للورثة ضعفها، وإن خرجت لأحد الآخرين عتق منه خمسة أسداسه، وهي بالقيمة ثلاثة وثمانون وثلث، ويبقى للورثة سُدُسُهُ والعبد الآخر [و] الذي نقصت قيمته، وجملتها: مائة وستة وستون وثلثان وهي[1] ضعف ما عتق، وإنما كان كذلك لِمَا ذكرنا أن المحسوب على الورثة الباقي بعد النقصان، وهو مائتان وخمسون.

ولو أعتق عبدين قيمة كل واحد منهما مائة، ولا مال له سواهما فعادت قيمة أحدهما إلى خمسين فإن خرجت القرعة للذي لم تنقص قيمته؛ عتق نِصْفُهُ وبقي للورثة نصفه والعبد الآخر، وهما ضعف ما عتق، وإن خرجت للذي ٱنْتَقِصَ وَقَعَ ٱلدَّوْرُ لأنا نحتاج إلى إعتاق بعضه مُعْتَبَراً بيوم الإعتاق، وإلى إبقاء بعضه للورثة مُعْتَبَراً بيوم الموت، وَطَرِيقُهُ أَنْ يُقَالَ: عتق منه شيء، وعاد إلى نصفه يبقى للورثة مائة وخمسون سوى نصف شيء، وذلك يَعْدِلُ ضِعْفَ ما أعتقنا، وضِعْفُ ما أعتقنا شيئان، فبعد الجبر يعدل مِائَةٌ وخمسون شيئين ونصف شيء والشيء من شيئين، ونِصْفُ خُمُسَاهُ وَخُمْسا مِائَةٍ وخمسين ستون، فعلمنا أَنَّهُ عُتِقَ من العبد يوم الإعتاق ستون، وعاد هذا المبلغ إلى ثلاثين يبقى للورثة خمسا: هذا العبد، وهو عشرون، والعبد الآخر وهو مائة، والمائة والعشرون ضعف الشيئين، وَإِنْ حَدَثَ النقصان بعد موت المعتق، وقبل الإِقْرَاعِ فهل يحسب النقصان على الورثة؟ قال في «التَّهْذِيبِ»: إن كان الوارث [مقصور][2] ٱلْيَدِ عن التَرِكَةِ؛ لم يحسب عليه، كما في حال الحياة وإلاَّ فوجهان:

أَصَحُّهُمَا: أَنَّهَا تحسب عليه، وهذا كالخلاف الذي مَرَّ فيما إذا مات بَعْضُهُم. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَسْهَلُ طُرُقِ القُرْعَةِ إِذَا كَانُوا ثَلاثَةً أَنْ يَكْتُبَ الرِّقَّ عَلَى رُقْعَتَيْنِ وَالحُرِّيَّةُ عَلَى رُقْعَةٍ وَتُدْرَجَ فِي بَنَادِقَ مُتَشَابِهَةٍ وَتُعْطَى صَبِيّاً حَتَّى يُعْطِي كُلَّ عَبْدٍ وَاحِداً، وَلاَ يَتَعَيَّنُ الكَاغِدُ بَلْ يَجُوزُ بِالخَشَبِ وَالنَّوَى، وَلاَ يَجُوزُ بِشَيْءٍ آخر فِيهِ خَطَرٌ؛ كَقَوْلِهِمْ: إِنْ طَارَ غُرَابٌ فَفُلاَنٌ يَتَعَيَّنُ لِلْحُرِّيَّةِ.

---

(١) في أ: وهو.

(٢) في ز: مقصود.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الطَّرَفُ الثاني في كَيْفِيَّةِ ٱلْقُرْعَةِ والتجزئة التي تترتب عليها القرعة، وفيه فصلان:

الأول: في كيفية القُرْعَةِ ـ وقد مَرَّ في «باب القسمة»: أن للقرعة طريقين:

أحدهما: أَنْ يَكْتُبَ أسماء العبيد في رِقَاعٍ ثَمَّ يَخْرُجُ على ٱلرِّقِّ والحرية.

والثاني: أن يكتب في الرقاع «الرق» و«الحرية» وَيَخْرُجُ على أسماء العبيد. وذكرنا أن من الأصحاب ـ رحمهم الله ـ من أثبت قولين في أنه يقرع بالطريق الأول، أو الثاني؟ وأن في كون ذلك الخلاف في الجواز، أو ٱلأَوْلَوِيَّةِ؟ خلافاً آخر، وَأَنَّ عَامَّتَهُم ذهبوا إلى أن في العتق يَسْلُكُ ما شاء من الطريقين ولفظ الشَّافِعِيِّ ـ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ ـ في «ٱلْمُخْتَصَرِ» يدل عليه، وإِثْبَاتُ الأسماء والإخراج على الرق والحرية أَخْصَرُ؛ لِأَنَّ إِثْبَاتَ الرق والحرية، والإخراج على الأسماء قد يُحْوِجُ إلى إعادة القرعة مرة أخرى كما سنفصل.

وَٱسْتَحَبَّ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ على الطريقين أن تكون الرِّقَاعُ صغاراً؛ لتكون أخفى، وأن تكون متساوية، وأن تدرج في بَنَادِقَ، وتجعل في حجر من لم يحضر هناك على ما بينا في «القسمة»، وأن تُغَطَّىٰ بثوب، ويدخل من يخرجها اليد تحته، وكل ذلك ليكون أبعد عن التُّهْمَةِ؛ ولا تتعين الرقاع، بل تجوز القرعة بأقلام متساوية وبالنوى وبِالبَعَرِ.

وقد رُوِيَ أنه ﷺ أَقْرَعَ في قسمة بعض الغنائم بِالبَعَرِ، وأنه أَقْرَعَ مرة بِٱلنَّوَىٰ.

وذكر الصَّيْدَلاَنِيُّ أنه: لا يجوز أن يُقْرَعَ بِأَشْيَاءَ مُخْتَلِفَةٍ كدواة وقلم، وحصاة وقد يتوقف في هذا؛ لأن المخرج إذا لم يعلم ما اختاره كُلُّ واحد منهم لا يظهر فيه حَيْفٌ، ويدل عليه ما ذكر الإِمَامُ: أَنَّ ٱلْغَرَضَ تحكيم القرعة على وجه لا يبقى فيه خيال الخيانة، وَٱلْمُوَاطَأَةِ، ولسنا نضبط وجهاً من القرعة ولذلك قال ٱلشَّافِعِيُّ ـ رضي الله عنه ـ: «أَحَبُّ القرعة إِلَيَّ وأبعدها عن الحيف رِقَاعٌ صِغَارٌ. . .» إلى آخره. ولا يَجُوزُ الإعراض عن القرعة أصلاً، والتمييز بطريق آخر، بأن يَتَّفِقُوا على أنه إن طار غُرَابٌ ففلان حر، أو أَنَّ مَنْ وَضَعَ على[(١)] صبي يده فهو حر، أو أن يراجع شخص لا غرض له في تعيين عبد الرق، أو العتق، بل يَتْبَعُ ما ورد به الخبر، وللإمام ها هنا بحثان[(٢)]:

أحدهما: إذا كنا نَعْتِقُ عبداً، وَنَرِقُّ عبدين، ورأينا إثبات الرق والحرية فقد قال ٱلأَصْحَابُ ـ رحمهم الله ـ: يَثْبُتُ الرق في رقعتين، والحرية في رقعة على نسبة المطلوب في القلة، والكثرة، فإن ما يكثر فهو أحرى [بسبق][(٣)] اليد إليه وفي كلامهم ما

(١) في ز: عليه. (٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: السبق.

يدل على استحقاق ذلك، ومنهم من عَدَّهُ احتياطاً وقال: يكفي رُقْعَةٌ للرق، وأخرى للحرية، ثم إذا خرجت واحدة باسم أحدهم وخرجت رقعة الحرية؛ انفصل الأمر، وإن خرجت رقعة الرق احتجنا إلى إدراجها في [البيذقة][1] مرة أخرى.

والثاني: قال: إذا أثبتنا الرق والحرية، فَقَالَ ٱلمُخْرِجُ: أُخْرِجُ على ٱسْمِ هذا ونازعه الآخرون، وقالوا: أَخْرِجْ على أسمائنا، وأثبتنا الأسماء وقال المخرج: أُخْرِجُ على الحرية، وقالوا: أَخْرِجْ على الرق أو تَنَازَعَ ٱلوَرَثَةُ والعبد. فقال الورثة: أَخْرِجْ على الرق، وقال ٱلعَبْدُ على الحرية. فهذا لم يتعرض له الأصحاب وفيه ٱحْتِمَالاَنِ، إن أثبت الرق والحرية:

أحدهما: أن يُقْرَعَ بين العبيد أولاً، حَتى يتعين من يعرض على الرق والحرية، فإذا تعين واحد أخرجت رقعة على ٱسْمِهِ.

والثانية: أن يثبت الحرية على رقعة والرق على رقعتين، وَيُعْطِي ٱلمُخْرِجُ كُلَّ عبد رقعة، وقد سبق في «باب ٱلقِسْمَةِ» أن تعيين من يبتدأ به من الشركاء والإجراء[2] مَنُوطٌ بِنَظَر ٱلقَسَّامِ فيمكن أن يُنَاطَ ها هنا أيضاً بِنَظَرِ مَنْ يَتَوَلَّىٰ الإقراع من قاضٍ، أو وَصِيٍّ حيث[3] يبتدىء بمن شاء، ولا يلتفت إلى مضايقاتهم.

وقوله في ٱلكِتَابِ: «وأسهل طرق القُرْعَةِ...» إلى قوله: «حتى يعطي كل عبد واحداً» كأنه يعني به: أَنَّ إِثْبَاتَ الرق والحرية، وتسليم رقعة إلى كل واحد أدفع للمنازعة في البداية، وهذا الاحتمال الثاني ذكره الإمام، وَإِلاَّ فقد بَيَّنَّا أَنَّ إثبات الأسماء، والإخراج على الرق. والحرية أَخْصَرُ وَأَيْسَرُ، وإعطاء كل عبد رقعة ليس بشرط في الإقراع، بل يكفي الإخراج بِأَسْمَائِهِمْ وأعيانهم ويمكن أن يعلم قوله: «وأسهل طرق القرعة» بالواو؛ إِشَارَةً إلى قوله: من أثبت الخلاف في أنه الطريق هذا أو هذا، فإن من عَيَّنَ طريقاً لا يجعل للقرعة طريقين أو طرقاً حتى يكون أحدها أسهل.

وقوله: «ولا يجوز بشيء آخر فيه خَطَرٌ» [لم يقل: بشيء فيه خطر][4] إِشَارَة إلى أن في إخراج القرعة خطراً أيضاً لكن الشرع عينها، فلا مَعْدِلَ عنها إلى غيرها [والله أعلم][5].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (أَمَّا كَيْفِيَّةُ التَّجْزِئَةِ) فَسَهْلٌ إِذَا أَمْكَنَ تَجْزِئَتُهُمْ بِثَلاَثَةِ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ فِي

---

(١) في ز: البندقية.
(٢) في أ: الإجزاء.
(٣) في ز: حتى.
(٤) سقط في: ز.
(٥) سقط في: ز.

الْقِيمَةِ وَلاَ بَأْسَ إِنْ لَمْ يَتَسَاوَ عَدَدُهُمْ بَلْ يُجْبَرُ الخَسِيسُ بِالنَّفِيسِ، فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ كَمَا لَوْ كَانُوا ثَمَانِيَةَ أَعْبُدٍ قِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِائَةٌ، فَفِي قَوْلٍ يَجِبُ تَجْزِئَتُهُمْ بِثَلاَثَةِ أَجْزَاءٍ تَقْرُبُ مِنَ التَّثْلِيثِ فِي القِيمَةِ فَيُجَزَّءُونَ إِلَى ثَلاَثَةٍ وَثَلاَثَةٍ وَاثْنَيْنِ، فَإِنْ خَرَجَ عَلَى ثَلاَثَةٍ انْحَصَرَ العِتْقُ فِيهِمْ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ رِقٍّ وَسَهْمَيْ عِتْقٍ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ الرِّقُّ رَقَّ ثُلُثُهُ لِيَرْجِعَ كُلُّ العِتْقِ إِلَى قَدْرِ الثُّلُثِ، وَإِنْ خَرَجَ عَلَى اثْنَيْنِ عُتِقَا ثُمَّ يُعَادُ بَيْنَ السِّتَّةِ إِلَى أَنْ يَخْرُجَ العِتْقُ لِوَاحِدٍ فَيُرَقُّ ثُلُثُهُ وَيُعْتَقُ ثُلُثَاهُ، وَالقَوْلُ الثَّانِي أَنَّ التَّثْلِيثَ لاَ يَجِبُ بَلْ يَجُوزُ القُرْعَةُ كَيْفَ اتَّفَقَ إِلَى أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَى المَقْصُودِ، وَقِيلَ: هَذَا الخِلاَفُ فِي الاسْتِحْبَابِ دُونَ الاسْتِحْقَاقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصل الثاني: في كيفية تجزئة العبيد. [وتجزئتهم][(١)] تقع بحسب الحاجة، فلو أعتق عبدين لا مال له سواهما؛ أقرع بينهما بإثبات اسْمَيْهِمَا في رقعتين، وإخراج إحداهما على الحرية، أو الرق، أو بإثبات الرقّ والحرية في رقعتين على اسْمِهِمَا، ثم إن استوت قيمتهما فمن خرج له سهم الحرية عتق ثلثاه ورق باقيه مع الآخر، وإنِ اختلفت قيمتهما كمائة ومائتين، فإن خرج سهم الحرية للذي قيمته مائة، عتق ورق الآخر وإن خرج للآخر؛ عتق نصفه ورق باقيه والأول، وإذا [اختصرت][(٢)] قُلْتُ: من خرج له سهم الحرية؛ عتق منه قدر الثلث، فإن كان الثلث أكثر منه تمم من الثاني[(٣)]، فإن أعتق جماعة من العبيد لا مال له سواهم وأردنا القرعة، فإن كانوا ثلاثة واستوت قيمتهم فإن شئنا كتبنا أَسْمَاءَهُمْ وقلنا لِلْمُخْرِجِ: أَخْرِجْ رقعة على الحرية فمن خرج اسمه؛ عُتِقَ، أو قلنا أخرج على الرق حتى يتعين الآخر للحرية، والإخراج على الحرية أولى؛ لأنه أقرب إلى فصل الأمر، وإن شئنا كتبنا على الرقاع الرق في رقعتين والحرية في رقعة، [وقلنا][(٤)]: أَخْرِجْ على اسْم سَالِمٍ أو أشرنا إلى عينه. وقلنا: أَخْرِجْ على اسْم هذا، فإن خرج سهم الحرية؛ عتق، ورق الآخران وإن خرج سهم الرق؛ رَقَّ، وَأَمَرْنَا بإخراج رقعة أخرى على اسم غانم، فإن خرج سهم الحرية؛ عُتِقَ، وَرَقَّ [الثالث،][(٥)] وإن خرج سهم الرق فبالعكس، وإن اختلفت قيمتهم كمائة، ومائتين، وثلاثمائة فإما أن نكتب أسماؤهم فإن خرج اسم الأول، عتق وأمرنا بإخراج رقعة أخرى فإن خرج اسم الثاني؛ عُتِقَ نِصْفُهُ، وإن خرج اسم الثالث؛ عُتِقَ ثُلُثَاهُ [وإن خرج أولاً اسم الثاني عتق ورق الآخران، وإن خرج اسم الثالث عتق ثلثاه][(٦)] وَرَقَّ باقيه والآخران، وَإِمَّا أن يكتب الرق في رقعتين، والحرية في رقعة ويخرج على أسمائهم،

---

(١) في ز: وتجربتهم.
(٢) في ز: أحضرت.
(٣) في أ: الباقي.
(٤) في ز: وقلت.
(٥) في ز: الثاني.
(٦) سقط في: ز.

وإن كانوا أكثر من ثلاثة، فإن أمكن تسوية الأجزاء عدداً وقيمة كَسِتَّةٍ، وتسعة، وَٱثْنيْ عَشَرَ قيمتهم متساوية جزأناهم [ثلاثة أجزاء][(١)] وصنعنا صنيعنا في الثلاثة المتساوية القيمة[(٢)]، وكذلك الحكم في ستة، ثلاثة منهم قيمة كل واحد منهم مائة وثلاثة قيمة كل واحد منهم خمسون، فنضم إلى كل نَفِيسٍ خَسِيساً، ونجعلهم ثلاثة أجزاء وفي ستة اثنان قيمة كل واحد منهم ثلاثمائة، واثنان قيمة كل واحد منهما مائتان، واثنان قيمة كل واحد مائة فنجعل للذين قيمتهما أَرْبَعمِائَةٍ جزءاً، وتضم إلى كل واحد من النفيسين واحِد من [الخسيسين][(٣)] فتستوي الأجزاء عدداً وقيمة، وإن لم يمكن التسوية بالعدد وتيسرت بالقيمة كخمسة قيمة أحدهم مائة، وقيمة اثنين مائة جَزَّأْنَاهُم كذلك، وأقرعنا، وإن أمكن التسوية وتيسرت بالقيمة كستة قيمة أحدهم مائة، وقيمة اثنين مائة، وقيمة ثلاثة مائة فكيف يعدلون؟! فيه وجهان: حكاهما ٱلشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَٱلعِرَاقِيُّونَ ـ رحمهم الله.

[و][(٤)]**أَصَحُّهُمَا** ـ وَيُنْسَبُ إلى النص: أنهم يُجَزِّءُون واحداً واثنين وثلاثة ويقرع بينهم كما ذكرنا.

والثاني: يُجَزءُون بالعدد اتباعاً؛ لقول النبي ﷺ في حديث عمران وعلي ـ رضي الله عنهما[(٥)] ـ وعلى هذا فيجعل اللذان قيمتهما مائة جزءاً، والذي قيمته مائة مع واحد من الثلاثة الباقين جزءاً والباقيان من الثلاثة جزءاً ويُقْرَعُ بينهم فإن خرجت القرعة للذين قيمتهما مائة؛ عتقا وَرَقَّ الباقون، وإن خرجت على الذين قيمة أحدهم مائة، وقيمة الآخر ثلث المائة؛ أُعِيدَتِ ٱلْقُرْعَةُ بينهما، فإن خرجت للذي قيمته مائة؛ عتق وَرَقَّ الآخر، وإن خرجت للآخر؛ عتق ورق[(٦)] من الأول ثلثاه؛ لانحصار العتق فيهما، وإن خرجت للذين قيمتهما ثلثا المائة؛ عتقا، وأعيدت القرعة بين [الجُزأَيْنِ][(٧)] الآخرين، فإن خرجت على اللذين قيمتهما مائة أُعِيدَتِ ٱلْقُرْعَةُ بينهما، فأيهما خرجت عليه؛ عتِقَ ثلثاه، وإن خرجت على اللذين قيمتهما مائة وثلث؛ أُعِيدَتْ بينهما، فإن خرجت على الذي قيمته ثلث المائة، عتق جَمِيعُهُ، وإن خرجت على الآخر عتقَ جميعه، وهذا تطويل بلا فائدة، وفي حديث عِمْرَانَ ـ رضي الله عنه ـ أنه كانت قيمتهم متساوية، وإذا لم تكن التسوية بالعدد، ولا بالقيمة كثمانية أَعْبُدٍ قيمتهم متساوية ففيه قولان:

أَصَحُّهُمَا: أنهم يُجَزِّءُونَ ثلاثة أجزاء، بحيث يقرب من الثلث؛ لِأَنَّ ذلك أَقْرَبُ إلى فعل رسول الله ﷺ فيجزءون ثلاثة، وثلاثة، واثنين، ويقرع بينهم، فإن خرج سهم

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: القيم.
(٣) في ز: الخسلين.
(٤) سقط في: ز.
(٥) في ز: عمر ـ رضي الله عنه ـ.
(٦) في ز: وعتق.
(٧) في ز: الجزءين.

العتق على ثلاثة رَقَّ غيرهم، وانحصر العتق فيهم، ثم يُقْرَعُ بينهم بِسَهْمَيْ عِتْقٍ وَسَهْمَيْ[١] رِقٍّ، فمن خرج له الرق؛ رَقَّ ثُلُثُه، وعتق ثلثاه مع الآخرين وذلك تمام الثلث، وإن خَرَجَ سهم العتق على اثنين عتقًا، ثم تعاد القرعة بين الستة، ويجعل كل اثنين جزءاً، فإذا خرج سهم العتق بِٱسْم اثنين، أَعَدْنَا ٱلْقُرْعَةَ بينهما، فمن خرج له سهم العتق، عتق ثُلُثَاهُ وهذا إذا كتبنا في الرِّقاع الرق والحرية، وإن كتبنا الأسماء فإذا خرج اسم اثنين وعتقا؛ لم تعد القرعة بين الستة، بل يخرج رقعة أخرى ثم يقرع بين الثلاثة المسمين فيها، فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثاه[٢]، ولا يجوز على هذا القول أن تُجَزِّءهم أربعة واثنين واثنين لبعد[٣] هذه التجزئة عن التثليث.

والقول الثاني: أنا لا نُراعي ٱلتَّثْلِيثَ، بل نراعي ما هو أقرب إلى فصل الأمر، فيجوز أن تكتب أسماؤهم في ثمان رقاع ويخرج واحدة بعد واحدة إلى أن يتم الثلث، ويجوز أن يجعلوا أرباعاً ثم إن شئنا أثبتنا اسم كل اثنين في رقعة، فإذا أخرجنا واحدة على الحرية عتقا، ثم يخرج رقعة أخرى ويقرع بين الاثنين اللذين اسمهما فيها، فمن خرجت له القرعة عتق ثلثاه[٤] وإن [شئنا][٥] أثبتنا الرق والحرية، فأثبتنا العتق في واحدة والرق في ثلاث، فإذا خرجت رقعة الحرية لاثنين عتقا، ويعيد القرعة بين الستة، فإذا خرجت الحرية لاثنين آخرين، أَقْرَعْنَا بينهما كما سبق ولا يبعد أن نجوز على هذا إثبات العتق في رقعتين، والرق[٦] في رقعتين ويعتق الاثنان اللذان خرجت لهما رقعة العتق أولاً، وَيُقْرَعُ بين اللذين تخرج لهما رقعة العتق الثانية، وإن كان العبيد سبعة فعلى القول الأول يُجَزِّءهم ثلاثة، واثنين، واثنين، وعلى الثاني: نجزىء كيف شئنا، إلى أن يستوفى الثلث، وإن كانوا أربعة قيمتهم متساوية: فعلى القول الأول نجزءهم اثنين وواحداً وواحداً، فإن خرج سهم الحرية لأحد الواحدين؛ عتق ثم يعيد القرعة بين الثلاثة فمن خرج له سهم الحرية؛ عتق ثلثه، وإن خرج الاثنين أقرعنا بينهما فَمَنْ خرج له سهم الحرية؛ عُتِقَ كله، ومن الآخر ثلثه، وهذا على تقدير إثبات الرق والحرية في الرقاع.

وعلى القول الثاني: إما أن يثبت اسم كل واحد في رقعة ويخرج باسم الحرية، فمن خرج له اسمه أولاً؛ عتق، ومن خرج ٱسمُهُ ثانياً؛ عتق ثلثه، وإن كانوا خمسة قيمتهم متساوية: فعلى الأول نُجَزِّءهم اثنين اثنين، وواحداً، وعلى الثاني: لنا إثبات أسمائهم في خمس رقاع. ثم القولان في الاستحباب، والاستحقاق أم في الاحتياط

---

(١) في الروضة: وسهم.
(٢) في ز: ثلثه.
(٣) في أ: فبعد.
(٤) في الروضة ثلثه.
(٥) سقط في: ز.
(٦) في أ: والعتق.

والاستحباب؟ حكى الإمام عن القَاضِي ـ رحمهما الله ـ أن الخلاف في الاستحباب وكل منهما جائز، وهذا ما اختاره.

وعن ٱلصَّيْدَلاَنِيِّ: أنه في الاستحقاق هذا ما يوافق إيراد الأكثرين وهو قضية نظم الكتاب، فإنه حكى القولين: في أنه هل يجب تجزئتهم بثلاثة أجزاء؟ ثم قال: وَقِيلَ هذا الخلاف في الاستحباب، وإذا أعتق عبيداً [من عبيده][1] على الإبهام؛ فقد يحتاج إلى تجزئتهم أربعة أجزاء[2]، أو خمسة وأكثر فَيُجَزَّءُونَ بحسب الحاجة، فكذلك لو كان على المعتق دين على ما سنذكر على الأثر إن شاء الله تعالى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (فُرُوعٌ، ٱلأَوَّلُ) إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ رُبُعِ التَّرِكَةِ وَلاَ مَالَ له إِلاَّ عَبِيدٌ قَدْ أَعْتَقَهُمْ فَيُجَزَّأُ العَبِيدُ بِأَرْبَعَةِ أَجْزَاءٍ وَيُقْرَعُ لِلدَّيْنِ وَالتَّرِكَةِ، فَإِذَا خَرَجَ عَلَى جُزْءٍ سهم الدَّيْن بيع أَوَّلاً فِي الدَّيْنِ وَقُدِّرَ البَاقِي كَأَنَّهُ كُلُّ المَالِ فَيُقْرَعُ لإِعْتَاقِ الثُّلُثِ مِنْهُمْ، وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُقْرَعَ دُفْعَةً وَاحِدَةً لِلدَّيْنِ وَالتَّرِكَةِ وَالعِتْقِ لأَنَّهُ رُبَّمَا يَسْبِقُ قُرْعَةُ العِتْقِ وَلاَ يُمْكِنُ تَنْفِيذُهُ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَقِيلَ بِأَنَّهُ يَجُوزُ ثُمَّ يَتَوَقَّفُ العِتْقُ عَلَى القَضَاءِ، وَإِذَا دَفَعْنَا بَعْضَ العِتْقِ لأَجْلِ الدَّيْنِ فَظَهَرَ لِلْمَيِّتِ دفين تبينا نفوذ العِتْقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أعتق في مرض موته عبيداً لا مال له غيرهم ومات وعليه دين، نُظِرَ إن كان يستغرقهم فَٱلدَّيْنُ يُقَدَّمُ على العتق؛ لأن العتق وصية، والدَّيْنَ مُقَدَّمٌ على الوصية، وأيضاً فحق الورثة[3] في الثلثين يتقدم على العتق، وٱلدَّيْنُ مقدم[4] على حق الورثة، فَأَوْلَىٰ أن يقدم على العتق فيباعون وتصرف أثمانهم إلى ٱلدَّيْنِ، وإن كان لا يستغرقهم ويحيط ببعضهم؛ فَيُقْرَعُ بين الدَّيْنِ والتركة ليصرف العتق عما يتعين للدين، فإن كان ٱلدَّيْنُ بقدر نصفهم؛ جعلناهم جزأين وأقرعنا بينهما بسهم دَيْنٍ وَسَهْمِ تَرِكَةٍ ثم إن شئنا كتبنا أسماء كل جزء في رقعة وأخرجنا رقعة لِلدَّيْنِ، أو التركة، وإن شِئْنا كتبنا الدَّيْنَ في رُقْعَةٍ والتركة في أخرى، وأخرجنا إحداهما على أحد الجزأين[5] وإن كان الدَّيْنُ بقدر ثلثهم [جَزَّأْنَاهُمْ] ثلاثة أجزاء، وأقرعنا بينهم بسهم دَيْنٍ وَسَهْمَيْ تركة، وإن كان بقدر الربع جَزَّأْنَاهُم أربعة أجزاء، وأقرعنا بسهم دَيْنٍ وثلاثة أسهم تركة، وهل يجوز أن يقرع لِلدَّيْنِ والعتق والتركة؟ بأن يقرع والصورة هذه بسهم دَيْنٍ، وسهم عتق، وسهمي تركة، أو يُجَزِّئهم وَٱلدَّيْنُ بقدر النصف ستة أجزاء، ويقرع بثلاثة أسهم لِلدَّيْنِ وسهم للعتق وسهمين للتركة. فيه وجهان:

---

(١) في ز: من عبيد.
(٢) في أ: أو.
(٣) في أ: الحرية.
(٤) في أ: يتقدم.
(٥) في روضة ٨/٤١٧ الحرين.

أصحهما: وهو المنصوص: لا؛ لأنه لا يمكن تنفيذ العتق قبل قضاء الدَّيْنِ، ولو تلف المعين لِلدَّيْنِ قبل [قضَائه] انعكس الدَّيْنُ على الباقي من التركة، وكما لا يقسم شيء على الورثة قبل قضاء الدَّيْنِ لا يعتق قبله.

والثاني: يجوز؛ لأن العمل فيه أخف، فلا ينقص به حق ذي حق، وعلى هذا فالذي نقله في الكتاب: أنا نتوقف في تنفيذ العتق إلى أن يَقْضِيَ ٱلدَّيْنَ وفي «التَّهْذِيبِ» ما يقتضي الحكم بالعتق في الحال، فإنه قَالَ فيما إذا كان العبيد ثلاثة متساوين في القيمة وٱلدَّيْنِ يقدر قيمة أحدهم على هذا الوجه: يقرع بينهم بسهم دَيْنٍ، وسهم عتق، وسهم تركة، فمن خرج عليه سهم الدين، بِيعَ فيه، ومن خرج عليه سهم العتق؛ عتق ثُلُثَاهُ، وَرَقَّ ثلثه مع الثالث.

وَذَكَرَ ٱلصَّيْدَلاَنِيُّ: أن الوجهين مبنيان على قولين سنذكرهما، فيما إذا أعتقنا ثلث العبيد بالقرعة، ولا دَيْنَ ثم ظهر دَيْنٌ غَيْرُ مستغرق هل يبطل أصل القرعة؟ إن قلنا: نعم ـ فلا يجوز أن يقرع للعتق ولم يحصل قضاء الدين. وإن قلنا: لا ـ فلا بأس بالجمع.

وإذا قلنا بالوجه الأصح، فإذا تعين بعضهم لِلدَّيْنِ يُبَاعُ ويقضي منه الدَّيْنُ ثم يقرع للعتق وحق الورثة.

ولو قال الورثة: [أقضى][(١)] الدَّيْنَ من موضع آخر، [وأمضى][(٢)] العتق في الجميع فهل يَنْفُذُ ٱلْعِتْقُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم ـ؛ لأن الدَّيْنَ هو الذي كان يمنع النفوذ فإذا سقط الدَّيْنُ بقضائهم من غير العبد؛ وجب أن ينفذ كما لو أسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة، وأجازوا العتق في الجميع.

والثاني: لا ـ؛ لأن تَعَلُّقَ الدَّيْنِ منع من نفوذه فلا ينقلب نافذاً بسقوطه، كما لو أعتق الراهن، وقلنا: لا ينفذ عتقه فقال: أنا أقضي الدَّيْنَ من غيره لينفذ، فإنه لا ينفذ إلاَّ أن يبتدىء [إعتاقاً][(٣)] وبنى[(٤)] الوجهان على: أن تصرف الورثة في التركة قبل قضاء الدَّين هل[(٥)] ينفذ؟ هذه إحدى مَسْأَلَتَي ٱلْفَصْلِ.

والثانية: لو ظهر للميت دفين بعدما أعتقنا بعض العبيد الذين أَعْتَقَهُم بالقرعة،

---

(١) في ز: يقضي.
(٢) في ز: ويمضي.
(٣) في ز: إعتاق.
(٤) في ز: أو.
(٥) وقد استنكر في المطلب هذا البناء وقال: لم أر من ذكره هنا، وإنما ذكره فيما إذا قالت الورثة ذلك بعد ظهور الدين.
قال النووي في زياداته: ينبغي أن يكون الأصح نفوذ العتق.

وأَرْقَقْنا البعض، فإن كان بحيث يخرج جميعهم من الثلث بأن كان الدَّيْنُ مثلي قيمتهم، فيحكم بعتقهم جميعاً، وَيَدْفَعُ إليهم أكسابهم من يوم إعتاقهم، ولا يرجع الوارث بما أنفق عليهم كمن نكح ٱمْرَأَةً نكاحاً فاسداً على ظن أنه صحيح، ثم فرق القاضي بينهما لا يرجع الزوج بما أنفق، وإن خرج من الثلث بعض من أرقناهم أعتقناهم بالقرعة، وذلك كما إذا أعتقنا واحداً من ثلاثة، ثم ظهر [مال](١) يخرج به عبد آخر من الثلث؛ يُقْرِعُ بين اللذين أرقناهما(٢) فمن خرج له سهم الحرية عتق، ولو أعتقنا بعض العبيد بالقرعة، ولم يكن عليه دَيْنٌ ظاهر ثم ظهر دَيْنٌ؛ نُظِرَ إن كان مستغرقاً للتركة؛ فالعتق باطل، فإن قال الورثة: نحن نقضي ٱلدَّيْن من موضع آخر، فعلى الوجهين السابقين، واستبعد الشَّيْخُ بِنَاءَهُمَا على الخلاف في تصرف الوارث في التركة قبل قضاء الدين. وقال هناك: الوارث ينشىء إعْتَاقاً من عنده، ولا يمضي ما صدر عن المورث وإنما الخلاف مبني على أن: إجازة ٱلوَرَثَةِ ٱلوَصِيَّةَ بما زاد على الثلث تنفيذ لما فعله ٱلمُوَرِّثُ أو ابتداء عطية من الوَرَثَةِ، إن قلنا: تنفيذ؛ فلهم إِمْضَاءُ عتقه بقضاء الدَّيْنِ من موضع آخر، وإن قلنا: ابتداء عطية فينبغي أن يقضوا الدَّين أولاً، ثم [يبتدِئوا] إعتاقاً، وإن كان الدَّيْنُ الذي ظهر غير مستغرق، فهل تبطل القرعة من أصلها؟ فيه وجهان ويقال قولان:

أحدهما: نعم؛ لأن الدَّيْنَ مستحق كالعتق، ولم يكن الدَّيْنُ ظاهراً فهو كما لو اقتسمه شريكان، ثم ظهر لهما شريك ثالث، وعلى هذا فيقرع الآن لِلدَّيْنِ وَٱلتَّرِكَةِ، ولا يبالي بوقوع سهم الدَّين على من خرجت له قرعة العتق أولاً.

وأظهرهما: لا ـ. ولكن إن تبرع الوارث بأداء الدَّيْنِ؛ نَفَذَ العتق، وإلاَّ فيرد العتق بقدر الدَّين، فإن كان الدَّيْنُ نِصْفَ التركة رددنا العتق في نصف من أعتقنا، وإن كان قدر ثلثها؛ رددناه في ثلثهم، فلو كان العبيد ستة متساوين في القيمة، وأعتقنا اثنين منهم بالقرعة، ثم ظهر دَيْنٌ بقدر قيمة عبدين [فنبيع](٣) من الأربعة عبدين لِلدَّيْنِ، كيف اتفق؛ لأنه لا حق لهم في العتق [فإذا](٤) وهب الدَّيْنَ اثنان بقي أربعة وثلثهم عبد وثلث، فيقرع بين اللذين خرجت لهما قرعة الحرية بسهم عتق وسهم رق، فمن خرج له سهم الرق رَقَّ ثلثاه، وعتق ثلثه مع الآخر وإن ظهر الدَّيْنُ بقدر قيمة ثلاثة منهم، يقرع بين اللذين كان قد خرج لهما سهم الحرية، فمن خرج له سهم الحرية عتق ورقَّ الآخر وإن كان العبيد أربعة [وأعتقنا](٥) بالقرعة عبداً وثلثاً، ثم ظهر دَيْنٌ بقدر قيمة عبد، وقلنا بالوجه الثاني؛ فيباع في الدَّيْنِ واحد من الذين أرْقَقْنَاهُم ويقرع بين الذين أعتقنا، فإن

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في أ: أوقفناهم.
(٣) في ز: فيباع.
(٤) في ز: وإذا.
(٥) في ز: وأعتقت.

خرجت للذي أعتقنا كله كان [حراً][١] وَرَقَّ الآخر، وإن خرجت للذي أعتقنا ثلثه؛ فَثُلُثُه حُرٌّ وَمِنَ الآخر ثلثاه، وذكر الصَّيْدَلاَنِيُّ: أن الخلاف في المسألة مبني على: أن الورثة إذا اقتسموا ثم ظهر دَيْنٌ هل تنقض القسمة؟ وإذا اقتسموا مع العلم بالدَّيْنِ فالقسمة بَاطِلَةٌ أو مَوْقوفَةٌ. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّانِي:) **إِذَا أُبْهِمَ العِتْقُ بَيْنَ جَارِيَتَيْنِ هَلْ يَكُونُ الوَطْءُ تَعْيِيناً لِلْمِلْكِ فِي المَوْطُوءَةِ؟ فِيْهِ وَجْهَانِ، وَفِي اللَّمْسِ بِالشَّهْوَةِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، والاسْتِخْدَامُ لاَ يُعَيِّنُ عَلَى الأَصَحِّ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قال الرجل لعبيد له: أحدكم حر أو اثنان حران أو أعتقت أحدكم، فإما أن يريد معيناً، أو يطلق اللفظ، ولا يقصد معيناً[٢]: أردت هذا؛ عتق، ولغيره أن يَدَّعِيَ [عليه][٣]: أنَّكَ أردتني، وَيُحَلِّفُهُ فإن نَكَلَ السيد؛ فله أن يَحْلِفَ، ويعتق هو أيضاً باليمين المردودة.

[فلو][٤] عَيَّنَ واحداً ـ وقال: أردت هذا ـ ثم قال: لا، بل هذا، عتقا مُؤَاخَذَةً له بإقراره. ولو قتل واحداً منهم لم يكن ذلك بياناً، بل يَبْقَىٰ الأمر بالبيان، فإن قال: أَرَدْتُ المقتول؛ فعليه القصاص، ولو جرى ذلك في إماء أو أمتين، ثم وَطِىءَ واحدة، لم يكن الوطء بياناً للعتق في غير الموطوءَةِ، حَتَّى لو بين العتق فيها، تعلق به ٱلْحَدُّ، والمهر لجهلها بأنها العتيقة، وإذا مات قبل البيان ففيه طريقان:

أظهرهما[٥]: أن وَارِثَهُ يقوم مقامه، فإنه خليفته، وربما ذكر ذلك له وأطلعه عليه.

والثاني: أن فيه قولين كما في الحالة الثانية، فإذا أقمناه مقامه فبين الوارث أحدهم؛ عتق ولغيره تحليفه على نفي العلم، وإن لم يكن وارث أو قال الوارث: لا أعلم ـ فالظاهر أنه يُقْرَعُ بينهم؛ لأنه قد أَشْكَلَ الحال والقرعة قد تعمل في العتق.

وفيه وجه أو قول: أنه لا يقرع؛ لأنه قد تخرج قرعة الرق على الحر، بل يوقف، وبهذا قال ٱبْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ. ولو قال المعتقُ: نسيت منْ عَيَّنْتُهُ فيؤمر بالتذكر.

قال الإِمَامُ: وفي الحبس، والحالة هذه احتمال، والذي أطلقه الأصحاب ـ رحمهم الله ـ: أنه يحبس، وإن[٦] مات قبل التذكر ففي بيان الورثة والقرعة إذا قالوا: لا نعلم ما مر وهكذا يكون الحكم لو سمى واحداً وأَعْتَقَهُ ثم قال: نسيت من سميته.

---

(١) في ز: جزءاً.
(٢) في ز: ويجبر.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: ولو.
(٥) في أ: أحدهما.
(٦) في أ: فإن.

الحالة الثانية: إذا لم يرد معيناً فيؤمر بالتعيين ويوقف عنهم إلى أن يبين، ويلزمه ٱلإِنْفَاقُ عليهم، فإذا عَيَّنَ أحدهم؛ عتق، وليس لغيره أن ينازع فيه مع تسليم أنه لم يقصد معيناً، وإذا قال: عينت هذا بل هذا عتق الأول، ولُغِيَ قوله للثاني؛ لأن التعيين حصل بالأول بخلاف قوله: عينت هذا، بل هذا فإنه إخبار ثم العتق في المعين يحصل في الحال أو يتبين حصوله من وقت اللفظ المبهم. فيه وجهان سبق نظيرهما في الطلاق، وقد يُعَبَّرُ عن هذا الخلاف بِأَنَّ ٱلإِبْهَامَ يوقعُ[1] العتق في الحال أو[2] هو التزام عتق في الذمة، وَخُرِّجَ على الخلاف: أنه لو مات أحدهم فعينه ـ هل يصح؛ إن قلنا بحصول [العتق عند][3] التعيين، فلا يصح؛ لأن الميت لا يقبل العتق، وعلى هذا فلو كان الإبهام في عبدين، فإذا بطل التعيين في الميت تعين الثاني، ولا حاجة إلى لفظ، وإن قلنا بالوقوع عند الإبهام صَحَّ تعيينه، والتعيين على هذا بيان أيضاً، ولو جرى ذلك في أَمَتَيْنِ أَوْ إِمَاء ـ فهل يكون [ٱلْوَطْءُ] تعيناً لغير ٱلْمَوْطُوءَةِ؟ فيه وجهان كما ذكرنا في «الطلاق».

ونقل[4] ٱبْنُ ٱلصَّبَّاغِ أن التعيين قول أكثر الأصحاب ـ رحمهم الله ـ وهو اختيار ٱلْمُزَنِيِّ، وإذا لم نجعله تعيناً فلو عين العتق في الموطوءة فلا حد عليه، وبنى في «التَّهْذِيبِ» حكم المهر على أن العتق يحصل عند التعيين، أو باللَّفْظِ الأول، إن قلنا بالأول؛ لم يجب، وإن قلنا بالثاني؛ وجب.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: [الْوَطْء] لا يكون تعيناً إِلاَّ إِذَا أَحْبَلَهَا، [الوطء] فيما دون الفَرْجِ، وَٱلْقُبْلَةِ وَٱللَّمْسِ بالشهوة يترتب على [الوطء] إن لم يكن تعيناً فهذه أولى، وإن كان تعيناً فوجهان؛ لأنهما أَخَفُّ من [الوطء] والاستخدام يترتب[5] على هذه الاَسْتِمْتَاعَاتِ حكى ذلك عن ٱلْقَاضِي ٱلْحُسَيْنِ وغيره والصحيح أنه ليس يتعين.

قال الإمام ـ قَدَّسَ ٱللَّهُ رُوحَهُ ـ: وهذا يوجب طَرْدَ الخلاف في أن الاستخدام في زمان الخيار يكون فسخاً، أو إجازة والعرض على البيع كالاستخدام، ولو باع بعضهم أو وَهَبَهُ، وأَقْبَضَهُ أو أجرهُ.

قال في «ٱلتَّهْذِيبِ»: فيها وجها [الوطء]؛ لأنها من تصرفات الملاك[6] وعن أَبِي حَنِيفَةَ: أنها تكون تعيناً، والإعتاق ليس بتعيين، ثم إن عَيَّنَ فيمن أعتقه قبل، وإن عين في غيره عتقا، وقتل السَّيِّدِ أَحَدَهُمْ ليس بتعيين، ثم إن عَيَّنَ في غير المقتول؛ لم يلزمه إلاَّ الكفارة، وإن عين في المقتول؛ لم يجب القصاص للشبهة، وأما المال فإن قلنا:

---

(١) في أ: وقع.
(٢) في أ: و.
(٣) في ز: عتق عبد.
(٤) في أ: وذكر.
(٥) في أ: ترتب.
(٦) في ز: الهلاك.

العتق يحصل عند التعيين فلا يجب عليه وإن قُلْنَا: يحصل عند الإِبْهَامِ؛ فعليه ٱلدِّيَةُ لورثته، وإن قَتَلَ أَجْنَبِيٌّ أَحَدَهُمْ؛ فلا قصاص إن كان القاتل حراً، ثم إن عين في غير المقتول، فعليه القيمة، وإن عَيَّنَ فيه وقلنا: إن العتق يَحْصُلُ عند التعيين، فكذلك كما لو نَذَرَ إعتاق عبد بعينه فَقُتِلَ، وإن قلنا: يحصل عند [إبهام][1] اللفظ؛ فعليه الدية لورثة المقتول.

ولو مات قبل التعيين فهل للورثة التعيين؟ فيه قولان ـ وَيُقَالُ وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن [ذلك][2] متعلق باختيار المبهم وقد فات؛ لأنه في حكم تكميل اللفظ فَلْيُؤْخذ[3] مِنَ ٱلْمُتَلَفِّظِ.

وأظهرهما: نعم؛ لأنه خيار يتعلق بالمال [فيخلف][4] ٱلْوَارِثُ ٱلْمُوَرِّثَ فيه كما في خيار البيع والشفعة.

وعن ٱلْقَاضِي ٱلْحُسيْنِ بِنَاءً على الخلاف: على أن التعيين إيقاع، عتق في الحال، أو يستند إلى وقت الإِبْهَام، إن قلنا إيقاع في الحال فيقوم الوارث فيه مقام [الموروث][5] كما يعتق عنه بأمره وفي تأدية كفارة، وإن قلنا ليس إيقاعاً في الحال فلا.

قال الإمام: وهذا عندنا بالعكس أَوْلَىٰ [فإنا][6] إن جعلناه إيقاعاً فهو تَتِمَّةُ ٱللَّفظِ، ولا يجوز أن ينقسم لفظ في الإيقاع بين[7] شخصين. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّالِثُ:) إِذَا قَالَ لِمَمْلُوكَتِهِ: أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ فَهُوَ حُرٌّ فَوَلَدَتْ مَيِّتاً انْحَلَّتِ اليَمِينُ وَلَمْ يُعْتَقِ الحَيُّ بَعْدَهُ (الرَّابعُ:) إِذَا قَالَ لِمَمْلُوكِهِ: أَنْتَ ٱبْنِي عُتِقَ عَلَيْهِ وَلَحِقَهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ أَكْبَرَ سِناً مِنْهُ فَلاَ يُعْتَقُ، وَإِنْ كَانَ مَشْهُورَ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ فَفِي العِتْقِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قال لِأَمَتِهِ: أول ولد تلدينه فهو حر فولدت ميتاً ثم حياً لم يعتق الحي؛ لأن الشرط قد حصل بولادة الميت؛ ألا ترى أنه لو قال: إذا ولدت فَأَنْتِ حُرَّةٌ يُعْتَقُ الثاني؛ لأن الميت ليس بمحل [زوال][8] العتق، وإذا وجدت الصفة يَنْحَلُّ اليمين.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: يعتق الثاني وسلم أنه لو قال: أَوَّلُ عبد رأيته من عبيدي فهو حر فرأى واحداً منهم ميتاً؛ ينحل اليمين حتى إذا رأى بعده حياً لا يعتق.

وإذا قال لعبده: أَنْتَ ٱبْنِي ومثله يجوز أن يكون ابناً له ثبت نسبه، وعتق إن كان

(١) في ز: الإبهام.
(٢) في ز: ذاك.
(٣) في أ: ولو وجد.
(٤) في ز: فيحلف.
(٥) في ز: المورث.
(٦) سقط في: ز.
(٧) في ز: من.
(٨) سقط في: ز.

صغيراً، أو بالغاً، وَصَدَّقَهُ، وإن كَذَّبَهُ عتق أيضاً، وإن كان هو المصدق في نفي النسب، وإن لم يمكن أن يكون ابناً له بأن[1] كان أكبر منه أو مثله في السن، أو أصغر على حَدٍّ لا يتصور أن يكون ابنه لغى قوله ولم يعتق؛ لأنه ذكر محالاً.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: يحكم بعتقه، هذا في مَجْهُولِ النسب، وإن كان معروف النسب من غيره فلا يلحق به، وهل يحكم بعتقه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا ـ؛ لأن العتق يَثْبُتُ بتبعية النسب وليس هو ممن يستلحق وأشبههما: نعم؛ لأن قوله يتضمن الإقرار بالنسب، والعتق، فإن لم يقبل في النسب لحق الغير لم يمتنع مُؤَاخَذَتِهِ بالعتق.

وقوله في الكتاب: «إلا أن يكون أكبر سناً منه» ـ الاستثناء غَيْرُ مُنْحَصِرٍ في هذه الحالة على ما بَيَّنَّاه. ولو قال لزوجته: أنت ابنتي ـ قال الإمام الحكم في حصول الفراق وثبوت النسب كما في العَتَاقِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الخَامِسُ:) إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْتَقْتُ غَانِمَاً فَسَالِمٌ حُرٌّ ثُمَّ أَعْتَقَ غَانِمَاً وَكُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِهِ عُتِقَ غَانِمٌ وَلاَ قُرْعَةَ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يُخْرَجُ عَلَى سَالِمٍ فَيُعْتَقُ بِغَيْرِ وُجُودِ الصِّفَةِ (السَّادِسُ:) عَبْدٌ مُشْتَرَكٌ قَالَ أَحَدُهُمَا: إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غُرَاباً فَنَصِيبِي حُرٌّ وَقَالَ الآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ فَنَصِيبِي حُرٌّ فَلاَ يُعْتَقُ شَيْءٌ لِلشَّكِ فَإِنِ اشْتَرَاهُ ثَالِثٌ حُكِمَ بِحُرِّيَّةِ نِصْفِهِ فِي يَدِهِ وَلاَ رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهِمَا بِالثَّمَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفرعان متكرران: أما الأول: فمذكور في [كتاب][2] «الوصية»، وأما الثاني: في الكتاب الذي نحن فيه، وإن بعد العهد بالوصية فهو بالعتق ليس ببعيد[3] [والتكرار][4] فيه أبعد عن الْعُذْرِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (السَّابِعُ:) إِذَا قَالَ لِعَبْدَيْهِ: أَعْتَقْتُ أَحَدَكُمَا عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلاَ وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ وَقُلْنَا: الوَارِثُ لاَ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي التَّعْيِينِ فَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ عُتِقَ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ رَقَبَتِهِ لِفَسَادِ المُسَمَّى بِالإِبْهَامِ، وَقِيلَ: يَصِحُّ المُسَمَّى.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قال لِعَبْدَيْنِ له: أَعْتَقْتُ أحدكما على ألف، أو أحدكما حر على ألف، فلا يعتق واحد منهما ما لم يقبلا؛ لتعلق العتق بِالْقَبُولِ كما إذا قال: أحدكما حر إن شئتما لا يعتق واحد منهما إلاَّ إذا شاءا فإذا قبلا جميعاً كل واحد منهما الألف؛ عتق

---

(١) في أ: إن.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: بُعَيْد.
(٤) في ز: والنكران.

أحدهما، ويؤخذ السيد بالبيان كما لو أعتق أحدهما بغير عوض، فإن مات قبل البيان، ولم يقم الوارث مقامه في البيان أو لم يكن وارث أَقْرَعَ بينهما، فمن خرجت قرعته؛ عَتَقَ ولا يعتق مجاناً؛ لأنه لَمْ يَتَبَرَّعْ بإعتاقه، وإنما أُعْتِقَ على عوض وفيما يلزم العتيق وجهان:

أصحهما: وبه قال ٱبْنُ ٱلحَدَّادِ: أنه يلزمه قيمته لفسادِ المُسَمَّىٰ من جهة أنه لم يعين أحدهما فصار كما إذا قال: بعته من أحدكما بألف فقبلا لم يصح، وإنما حصل العتق لتعلقه بالقبول، وهذا كما أنه لو قال لامرأته: إن أَعْطَيْتِنِي عبداً فأنت طالق، فأعطته عبداً يقع الطلاق ولا يملك الزوج ذلك العبد، بل يرده ويرجع عليها بمهر المثل.

والثاني: ويحكى عن أَبِي زَيْدٍ: أنه يلزمه المسمى؛ لأن المقصود العتق لا المعاوضة فيحتمل إبهام العوض تبعاً للعتق.

ولو قال لِأَمَتَيْهِ: إحداكما حرة على ألف فَقَبِلَتَا ثم وطىء إحداهما ـ قال الشيخ أَبُو عَلِيٍّ: هل يكون الوَطء ٱختياراً لِلْمِلْكِ في الموطوءَةِ، وتعيين الأخرى للعتق؟ فيه وجهان: كما لو أعتق إحداهما بلا عوض، وَوَطِىءَ، هذا ما ذكره في «الفروع» ويمكن أن يقال: إن لم يقصد أحدهما بعينه فلا بد من قبولهما وإن قصد أحدهما بعينه فيكفي قبول الذي قصده.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّامِنُ) جَارِيَةٌ مُشْتَرَكَةٌ زَوَّجَاهَا مِنِ ٱبْنِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ فَوَلَدَتْ عُتِقَ نِصْفُهُ عَلَى أَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ جَدُّ المَوْلُودِ وَلاَ يَسْرِي إِذْ لاَ ٱخْتِيَارَ، وَلَوْ غَرَّ بِجَارِيَةِ أَبِيهِ فَفِي لُزُومِ قِيمَةِ الوَلَدِ وَجْهَانِ لِأَنَّهُ كَانَ يُعْتَقُ عَلَى الجَدِّ لَوْلاَ ظَنُّهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحداهما: جارية بين شريكين زَوَّجَاهَا من ابن أحدهما فأتت منه بولد يعتق نصفه على الجَدِّ، ولا يسري إلى النصف الآخر؛ لأن شرط السِّرَايَةِ حصول العتق بالاختيار، ولم يوجد، ولا نظر إلى أنه زوَّجَ برضاه؛ لأن الوطء والعلوق لا يتعلقان باختيار المعلق، وَعَلَّلَ بعضهم امتناع السِّرَايَةِ بأن نصفه انعقد حراً، والحرية الأصلية لا تسري، وإنما يسري العتق الوارد على الرق. ومن قال بالأول منع ذلك وقال: ينعقد الكل رقيقاً ثم يعتق النصف على الجَدِّ بالقرابة، وتوسط صَاحِبُ ٱلْكِتَابِ بين القولين فقال: عندي يَنْدَفِعُ رِقُّهُ لموجب العتق، وكذلك لو اشترى قريبه يندفع الملك والاندفاع في معنى الانقطاع.

الثاني: قد سبق في «النكاح» أن من نكح أمة غُرَّ بحريتها فأتت منه بولد ينعقد الولد حراً، ويجب على ٱلمَغْرُورِ قيمته لمالك الأَمَةِ؛ لفوات الرق عليه بظن المغرور. هذا هو المذهب الظاهر.

وحكى الشيخ أَبُو عَلِيٍّ: أن بعض الأصحاب ذكر وجهاً: أن الولد

يخلق[١] رقيقاً ثم يعتق على المغرور، وله وَلاَؤه[٢] وإذا قلنا: ينعقد حراً فلا قيمة على المغرور، وهو غريب.

قال الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ، وفي القلب من وجوب القيمة على المغرور شيء؛ لأنه لم يتلف ملكاً على مالك الأمة وإنما منع دخول شيء في ملكه، لكن ليس فيه خلاف مُعْتَدٌّ بِهِ. وأجمعت الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ على وجوب الضمان فلا بد من متابعتهم.

إذا عرف ذلك، فلو نكح جارية [ابنه][٣] مغروراً بحريتها فأتت منه بولد هل يلزمه قيمة الولد؟. فيه وجهان:

أحدهما: لا ـ لأنه إن انعقد حراً؛ فينبغي ألاَّ يلزمه شيء، وإن انعقد رقيقاً فيعتق على الجَدِّ بالقرابة، وأيضاً فإنه لم يفوت بظن الحرية رقاً على الأب منتفعاً به؛ لأنه كان يعتق على الجَدِّ وإن لم يوجد هذا الظن.

وأصحهما: وبه قال ٱبْنُ ٱلحَدَّادِ: يجب؛ لأن الغرور أوجب انعقاده حراً ولم يملكه الجَدُّ حتى يعتق عليه، فَأَشْبَهَ سائر صور الغرور.

ولو نكحها عالماً بالحال فيملكه ٱلجَدُّ ويعتق عليه، هذا هو الظاهر، ولم يستبعد الإمام أن يقال أنه ينعقد حراً ويردف هذه الفروع [المتفرقة][٤] بفروع تتعلق بالباب.

منها: ذَكَرَ ٱبْنُ ٱلحَدَّادِ أنه لو زوج أمته من عبد غيره وقبض مهرها وأتلفه ومات، ولا مال له غيرها، والزوج لم يدخل بها بعد فأعتقها الوارث نَفَذَ عتقهُ وَقَدَّمَ ٱلشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ في شرح الفروع فصلين:

أحدهما: إِذَا أعتق الوارث عبد التركة، والموروث[٥] مديون، نُظِرَ إن كان الوارث معسراً فالعتق غير نافذ؛ لما في نفوذه من إبطال حق الغرماء، قطع به الشيخ أبو علي وعن الشيخ أَبِي محمد[٦] أن إعتاقه كإعتاق الراهن فيجيء في نفوذه قول، وإن كان معسراً، وَرَأيُ الإمام: الوجه الأول، لأن حق الوثيقة طَرَأَ على ملك الراهن ودام الملك له، والوارث يتلقى الملك بالخلافة وهي مشروطة بتقديم حق الميت.

وإن كان موسراً ففيه وجهان:

---

(١) في هامش أ: ينعقد.
(٢) ما صرح به من أن الشيخ أبا علي حكاه وجهاً بل إنما هو احتمال للشيخ أبي علي ثم رجع عنه وقال: هذا الوجه لا حقيقة له.
(٣) في ز: أبيه.
(٤) سقط في: ز.
(٥) في ز: المورث.
(٦) في ز: حامد.

أحدهما: وبه قال ٱبْنُ ٱلحَدَّادِ: أنه يَنْفَذُ وينتقل الدَّيْنُ إلى مال الوارث كما لو أعتق السيد عبده الجاني، أو أعتق المريض عبده، وله مال يفي بديونه ينفذ العتق، ويقضي الدَّيْنَ من سائر أمواله. هذا لفظ الشيخ ونقل الإمام عنه: أنا إذا نفذنا العتق، نقلنا الدَّين إلى ذمة الوارث إذا لم يخلف سوى العبد قال: ولست أرى ٱلْأَمْرَ كذلك، فَٱلدَّيْنُ لا يتحول إلى ذمة الوارث قط ولكنه بالإعتاق متلف للعبد فعليه أقل الأمرين من الدَّيْنِ وقيمة العبد.

والثاني: أنه موقوف، فإن أدى الوارث الدَّيْنَ من ماله؛ تَبَيَّنَ نفوذ العتق وإلاَّ بيع العبد في الدَّين، وبَانَ أن العتق لم ينفذ، ولو باع الوارث التركة بغير إذن الغُرَمَاءِ؛ لم يَنْفُذْ بَيعَهُ إن كان مُعْسِراً، وإن كان موسراً ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن البيع باطل؛ لأنه كالمرهون بديون الغُرَمَاءِ.

والثاني: أنه يصح؛ ويلزم وسيأتي [تفريعه][(١)] إن شاء الله تعالى.

والثالث: أنه موقوف كما ذكرنا في العتق، وللإمام ها هنا أبحاث:

أحدها: يحكى عن الشيخ أَبِي مُحَمَّدٍ: تنزيل التركة منزلة العبد الجاني وقد سبق في بيع السيد العبد الجاني ـ إِطْلاَقُ قولين من غير فرق بين المعسر والموسر، فيجيء قول ها هنا في بيع الوارث، وإن كان معسراً ثم فرق بين التركة، والعبد الجاني بما فرق به بينها وبين[(٢)] المرهون.

والثاني: ذكر الشَّيْخُ تفريعاً على صحَّةِ البيع أن الثمن يصرف إلى الغرماء وأن المشتري لو دفع الثمن إلى الوارث، فتلف في يده؛ كان لِلْغُرَمَاءِ تغريم المشتري.

قال الإمام: والوجه عندي القطع بأنهم لا يُطَالِبُونَ ٱلْمُشْتَرِي [وإنما] إذا ألزمنا البيع كان بمثابة الإعتاق الذي عوض له، وَبِتَقْدِيرِ أن يكون الثمن مستحقاً للغرماء، فما ينبغي أن يفرق بين المعسر والمُوسِرِ.

والثالث: قال: إِلْزَامُ البيع بعيدٌ فإن بيع العبد الجاني، وإن صححناه لا يلزم؛ مع أن تَعَلُّقَ ٱلأَرْشِ به أضعف على ما ذكرنا، فبيع الوارث أولى بأن لا يلزم.

والرابع: في بيع المُفْلِسِ المحجور عليه قول: أنه يَنْعَقِدُ على التوقف فيجوز إجراؤه في الوارث المعسر.

وَٱعْلَمْ أن جميع ما ذكرناه مُفَرَّعٌ على أن الدَّيْنَ لا يمنع الميراث، أما إذا قلنا يمنعه، والتركة مُقَرَّةٌ على مِلْكِ الميت فلا يصح تصرف الوارث بحال، وإن ذكرنا في

---

(١) في ز: تعريفه.

(٢) في الهامش أ: من.

كتاب «الرهن» وجهاً: أن إِعْتَاقَهُ لا ينفذ بحال كالبيع، ووجهين في أن تعلق الدَّيْنِ بالتركة كتعلق الدَّيْنِ بالمرهون، أو كتعلق ٱلْأَرْشِ بالجاني، وَأَنَّ ٱلْأَظْهَرَ الأول وحينئذ فيكون الأظهر في الإعتاق النفوذ، كما في إعتاق الراهن الموسر، وفي البيع المنع.

والفصل الثاني: ذكرنا في «النكاح» أن الأمة إذا أعتقت تحت عبد؛ كان لها الخيار فإن فسخت قبل الدخول سقط جميع المهر، وعلى السيد رده إن كان قد قبضه.

إذا تقرر ذلك فينفذ العتق في الحال في فرع ٱبْنِ ٱلْحَدَّادِ ثم إن كان الوارث معسراً، فلا خيار لها؛ لأنه لَوْ ثَبَتَ لها الخيار [و][1] فسخت وجب رد مهرها، ولصار ذلك دَيْناً على الميت، وذلك يَمْنَعُ نفوذ العتق من الوارث المعسر، وإذا لم يعتق فلا خيار لها ففي إِثْبَاتِ الخيار بقية والمسألة من الدائرات؛ وقد ذكرنا طرفاً منها في «النكاح»؛ وإن كان موسراً فإن قلنا يَنْفُذُ عتقه، فلها الفسخ، وإذا فسخت صار مهرها ديناً فيطالب به المعتق إن كانت قيمتها مثل المهر، لتفويته[2] التركة، وإن كان مهرها أكثر لم يطالب إلاَّ بقدر قيمتها؛ لأنه لم يفوت إلاَّ ذلك القدر، وإن قلنا يتوقف نفوذ العتق على أداء الدَّين، فلا عتق، ولا خيار حَتَّى يرد الصداق إلى سيد العبد: هكذا ذكر الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ، وفيه إشكال؛ لأنه لا يَثْبُتُ لسيد العبد دَيْنٌ ما لم يفسخ فكيف يقضي الدِّين قبل ثبوته؟.

ومنها: مات رجل عن ابن حائز والتركة ثلاثة أَعْبُدٍ قيمتهم متساوية فقال الابن: أَعْتَقَ أَبِي في مرض موته هذا ـ وأشار إلى أحدهم. ثم قال: بل أعتق هذا، وهذا، يعني الأول، وآخر معاً. ثم قال: بل أعتق الثلاثة معاً.

قال ٱبْنُ ٱلْحَدَّادِ: الأول [حرّ][3] بكل حال ـ لإقراره للأول ويقرع بينه وبين الثاني لإقراره الثاني، فَإِنَّ قضيته أن الثاني يستحق أن يقرع بينه وبين الأول، ويعتق إن خرجت القرعة له ويقرع بين الثلاثة مرة أخرى؛ لإقراره الثالث فَإِنَّ قضيته أن يقرع بين الثلاثة، ويعتق من خرجت قرعته فيؤاخذ بموجب كل إقرار، ولا يمكن من الرجوع عن مقتضى واحد [منهما][4]، وإذا أقرعنا [في][5] المرتين فإن خرج سهم العتق للأول في المرتين لم يعتق غيره، وإن خرج للثاني في المرتين أو للأول في الأولى، وللثاني في الثانية أو بالعكس عتقا، وَرَقَّ الثالث، وإن خرج للأول في الأولى، وللثالث في الثانية عتقا دون الثاني، وإن خرج للثاني في الأولى، وللثالث في الثالثة عتقوا جميعاً.

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: وأكثر لتقويته.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: منها.
(٥) سقط في: ز.

قال الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: وإن كانت قيمتهم مختلفة كما إذا كانت قيمة الأول مائة، وقيمة الثاني المضموم إليه مائتين، وقيمة الثالث ثلاثمائة فالأول حر بكل حال لإقراره الأول، وهو دون الثلاثة[١]، وإذا أقرعنا بينه وبين الأول وخرج سهم العتق للأول؛ عتق وعتق من الثاني نصفه، وإن خرج للثاني عتق كله؛ لأن موجب إقراره الثاني أن يعتق الثاني بكماله، أو الأول ونصف الثاني وإذا أقرعنا بين الثلاثة لإقراره الثالث، فإن خرج سهم العتق للثالث، عتق ثلثاه، وثلثاه ثلث ماله، وإن خرج للثاني؛ لم يعتق الثالث سواء خرجت القرعة الأولى على الثاني، أو لم تخرج؛ لِأَنَّهُ ثلث ماله، وإن خرج للأول فهو نصف الثلث فتعاد القرعة، لإكمال الثلث بين الثاني والثالث، فإن خرج على الثاني رَقَّ ٱلثَّالِثُ، ولا يعتق من الثاني إلاَّ ما عتق بالقرعة الأولى وهو جميعه أو نصفه، وإن خرج على الثالث؛ عتق ثلثه؛ لأن ثلثه مع الأول ثلث جميع المال. والمفهوم من كلام الشَّيْخِ أنه إذا أخرج سهم العتق في القرعة الثانية بين الثلاثة للثاني لا يعتق منه إلاَّ ما عتق من قبل. وكذلك حكاه الإمام عنه، واعترض عليه بأن الثاني ٱسْتَحَقَّ بالإقرار [و][٢]الثاني أن يقرع بينه وبين الأول، وبالإقرار الثالث أن يقرع بينه، وبين الأولين فإن لم تكمل له الحرية في القرعة الأولى لخروج سهم العتق للأول؛ وجب أن يكمل في القرعة الثانية إذا خرج سهم العتق له؛ لأنه قضية الإقرار الثالث وكذلك عند استواء القيم إذا لم يعتق بالقرعة الأولى، يُعْتَقُ بالثانية إذا خرج السهم له، فإن عَكَسْتَ ٱلتَّصْوِيرَ فقلت: قيمة الأول ثلاثمائة، وقيمة الثاني مائتان، وقيمة الثالث مائة، فالجواب: أنه يعتقُ من الأول ثلثاه ثم يقرع بينه، وبين الثاني، فإن خرج سهم العتق للأول [أو الثاني][٣] لَمْ يزد شيء وإن خرج للثاني؛ عتق بكماله، ثم يقرع بين الثلاثة، فإن خرج للأول والثاني؛ لَمْ يزد شيء على ما عتق، وإن خرج للثالث، عتق بكماله، وقد عتق من قبل ما إذا ضم إليه ثم الثلث بل زاد.

ومنها: مات عن ثلاثة بنين، وله ثلاثة أعبُدٍ قيمتهم متساوية فَأَقَرَّ أحد البنين بأن أباه أَعْتَقَ في مرضه هذا العبد، وَأَقَرَّ آخر أنه أعتقه وهذا الآخر معاً، وَأَقَرَّ الثالث أنه أعتق الثلاثة معاً، فَيُعْتَقُ ثلث الأول؛ لأن أحد البنين أقر بعتقه فيقبل إقراره في حصته، وهي الثلث ثم يقرع بينه، وبين العبد المضموم إليه؛ لإقرار الثاني، فإن خرج سهم لعتق للأول عتق منه ثلث آخر؛ لأن قَضِيَّةَ إقرار الثاني عتق جميعه إذا خرجت القرعة له فيقبل قوله في حِصَّتِهِ، وإن خَرَجَ للثاني؛ عتق ثُلُثُهُ لهذا المعنى، ثم يقرع الثلاثة، فمن خرج له سهم العتق؛ عتق كله، وإذا ٱخْتَصَرْتَ قُلْتَ: إن خرج سهم العتق في المرتين

(١) في ز: الثلث.
(٢) سقط في: ز.
(٣) سقط في: ز.

للأول؛ عتق جَمِيعُهُ، وإن خرج في المرتين للثاني؛ عتق ثلثاه مع ثلث الأول، وإن خرج مرة للأول وأخرى للثاني؛ عتق ثلثا الأول، وثلث الثاني، وإن خرج مرة للثاني ومرة للثالث عتق من كل عبد ثلثه، وإذا حكمنا بعتق البعض من أحد العبيد فلا سِرَايَةَ؛ لأنهم لم يباشروا الإعتاق، ولا أقروا به على أنفسهم وإنما أقروا به على الأب، ومن أعتقنا بعضه بإقرار أحد البنين [لو وقع][1] بالقسمة في نصيب ذلك المقر، أو صار له بوجه آخر؛ حكمنا عليه بعتقه؛ لإقراره بأنه حر كله، ولو كانت [قيمة] العبيد[2] مختلفة، كما إذا كانت قيمة الأول مائة، وقيمة الثاني مائتين، وقيمة الثالث ثلاثمائة؛ فَيُعْتَقُ من الأول ثلثه؛ لأن الأول أقر بأن الأب أعتقه، لَكِنَّهُ لا يملك منه إلاَّ الثلث فَيُقْبَلُ إقراره في حِصَّتِهِ؛ ثم يقرع بينه، وبين الثاني، لإقرار الثاني، فإن خرج سهم العتق للثاني عتق ثلثه؛ لأن كله حر بزعم الثاني إذا خرج سهم العتق له فإنه ثلث المال، فيقبل إقراره في حصته، وإن خرج للأول عتق منه ثلث آخر، ومن الثاني سدسه؛ لأن قضية إقراره أن يعتق جميع الأول عند خروج القرعة له، وأن يعتق من الثاني نصفه؛ ليكمل الثلث فيؤاخذ بإقراره في حصته في كل الأول، ونصف الثاني ثم يقرع بين الثلاثة لإقرار الثالث، فإن خرج سهم العتق للثالث؛ عتق منه تسعاه؛ لأن قضية إقراره إذا خرجت القرعة له أن يعتق ثلثاه، فإن ثلثيه ثلث جميع المال فيؤاخذ بإقراره في حِصَّتِهِ، وهي ثلث الثلثين، وذلك تسعا الجملة، وإن خرج للثاني؛ عتقَ منه ثلثه؛ لأن قضية إقراره عتق جميعه [فإنه][3] ثلث المال فيؤاخذ به في حصته، وإن خرج للأول عتق منه ثلثه لمثل هذا المعنى لكنه لا بد من إكمال الثلث، فتعاد القرعة مرة أخرى ليعتق حصته من تمام الثلث، فإن خرج سهم العتق للثاني عتق منه سدسه؛ لأن نصفه مع الأول تمام الثلث، وَحِصَّتُهُ منه السدس، وإن خرج للثالث عتق منه تسعه؛ لأن ثلثه مع الأول تمام الثلث وحصته منه التسع.

ومنها: شهد شاهدان على مَيِّتٍ أنه أوصى بعتق عبده فلان، وهو ثلث ماله وقال ٱلْوَارِثُ: إنه أَوْصَىٰ بعتق آخر، وهو ثلث أيضاً، فإن لم يُكَذِّبَ الوارث الشاهد، واقتصر على أنه أوصى بعتق هذا، أعتق الأول بموجب البينة، وأقرع بينه وبين الثاني لإقرار[4] الوارث، فإن خرجت القرعة للأول لم يعتق الثاني، وإن خرجت للثاني، عتق ولم يَرِقَّ الأول؛ لأنه مُسْتَحِقُّ ٱلْعِتْقَ بالبينة، فلا يتمكن الوارث من إبطاله بالإقرار، وقد تعمل

---

(١) في ز: لوقع.
(٢) في ز: قيم.
(٣) في ز: فإن.
(٤) واعلم أنه قد سبق في آخر الدعاوى أنه لو شهد اثنان أنه أعتق سالماً ووارثان جائزان أنه أعتق غانماً ما يخالف المذكور هنا فإنه لم يذكر هنا إقراع.

القرعة في أحد الطرفين دون الثاني على ما تقدم، وإن أَقَرَّ الوارث بأنه أعتق الثاني، وكذب الشهود في الأول عتقا جميعاً الأول بالشهادة والثاني بالإقرار، وإن شهد أجنبيان بأنه: أوصى بِإِعْتَاقِ عَبْدٍ وهو ثلث ماله، وشهد وَارِثَانِ بأنه أوصى بإعتاق آخر فإن كَذَّبَ ٱلْوَارِثَانِ ٱلأَجْنَبِيَّيْنِ عتقا[1] جميعاً الأول بشهادة الأجنبيين، والثاني بإقرار الوارثين أنه أوصى بإعتاق هذا دون الأول [وهو ثلث المال، وإن لم يكذباهما أقرع بينهما؛ لأن إعتاق الأول][2] ثَبَتَ بشهادة الأجنبيين، وإعتاق الثاني [بإقرار الوارثين][3] فصار كما لو شهد اثنان بأنه أعتقهما معاً.

ومنها: ثلاثة أخوة في أيديهم أَمَةٌ وَوَلَدُهَا، وهو مجهول النسب فقال أحدهم: هذه أُمُّ وَلَدِي، وهو ولدي منها، وقال الثاني: هِيَ أُمُّ وَلَدِ أبينا والولد أخونا، وقال الثالث: هي أَمَتِي والولد[4] عبدي فالكلام في أحكام: أحدها في نسب الولد، ولا يثبت نسبه من أبيهم؛ لأنه لم يَتَّفِق الورثة عليه وأما نسبه من الذي يستلحقه، فإن قلنا: إن من استلحق عبداً مجهول النسب لحقه فيثبت نسبه منه؛ لأن غايته أن يكون ملكاً لمن يدعي ملكه، وذلك لا يمنع ثبوت النسب، وإن قلنا: لا يلحقه فوجهان:

أظهرهما: أن الجواب كذلك؛ لِأَنَّ يَدَ مُدَّعِي ٱلمِلْكِ ثَابِتَةٌ على بعضه، وأنها تدل على ٱلمِلْكِ وَٱلمِلْكُ يَمْنَعُ ٱللُّحُوقَ.

والثاني: يلحقه؛ لأن الرق[5] لم يَعُمَّهُ فإن الباقي حر بقول الآخرين والنسب لا يتبعض، وهو إلى الثبوت أقرب.

قال الإمام: وهذا القائل يقول لو كان بعض الشخص رقيقاً، وبعضه حراً واستلحق مستلحق نسبه لحقه، وهذا ليس بشيء، والثاني الذي يقول: هي أم ولد أبينا لا يَدَّعِي لنفسه شيئاً على الآخرين [فلا يحلفهما. نعم لو ادعت الجارية ما تقوله، وقالت: عتقت بموت أبيكم، فيحلّف الآخرين][6] على أنهما لا يعلمان أن الأب أولدها وأما الآخران فَيَدَّعِي كل واحد منهما ما في يَدِ صَاحِبِهِ هذا يقول: مُسْتَوْلِدَتِي وهذا يقول: ملكي. فيحلف كل واحد منهما الآخر على نفي ما يدعيه في الثلث الذي في يده، والثالث الذي يقول: هي أم ولد أبينا لاَ غُرْمَ لَهُ؛ لأنه لا يدعي لنفسه شيئاً، ولا عليه؛ لأنه أقر بالاستيلاد على أبيه لا على نفسه والثاني الذي يَدَّعِي الاستيلاد يلزمه الغرم للذي يدعي الملك فيها لاعترافه بأنه فوت عليه نصيبه من الأمة، ومن الولد

---

(١) في ز: أعتقا.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: بالوارثين.
(٤) في أ: والعبد.
(٥) في ز: العتق.
(٦) سقط في: ز.

بالاستيلاد هكذا عَلَّلُوهُ وقضية الفرض فيما إذا سلم[١] أنه كان لمدعي الرق فيها نصيب الإرث أو غيره، وإلاَّ فلا يَلْزَمُ من دعواه أَنَّ الجاريةَ مُسْتَوْلَدَتُه؛ كون الجارية مشتركة من قبل، وكم يلزمه من الغُرْمِ؟ فيه وجهان بناء على أن الجارية في يد من هي وفيه وجهان:

أحدهما: أنه لاَ يَدَ عَلَيْهَا لِلَّذِي يقول: إنها مُسْتَوْلَدَةُ أَبِينَا؛ لأنها حُرَّةٌ بزعمه بموت الأب فَتَصِيرُ الجارية في يد الآخرين نصفين.

وأظهرهما: أنها في أيدي الثلاثة حكماً، كما أنها في أيديهم حِسّاً؛ فعلى الأول عليه لِمُدَّعِي الرق نصف قيمة الجارية، وقيمة الولد، وعلى الأظهر ثلث قيمتها وبه أجاب اَبْنُ اَلحَدَّادِ.

والرابع: الولد حر بقول مَنْ يَدَّعِي أنها مستولدة للأب، ومن يَدَّعِي أنها مستولدته. قال الشَّيْخُ أَبُو عَلِيّ: ويعتق عليه نصيب مُدَّعِي اَلرِّقِّ؛ لأنا لما أخذنا منه القيمة جعلناه له، ونصيبه من الجارية هكذا ينبغي أن يكون. ومنها: قال لعبدين له: أَحَدُكُمَا حُرٌّ، ثم غاب أحدهما، وحضر مكانه عبد ثالث فقال له وللذي لَمْ يغِبْ: أحدكما حر ومات قبل البيان ويقال[٢] وقعت هذه المسألة بـ«نَيْسَابُورَ» فأجاب [الأستاذ][٣] أَبُو إِسْحَاقَ فيها: بأنه يُقْرَعُ بين العبدين الأولين للإعتاق الأول، فإن خرج سهم العتق لِلَّذِي غاب؛ عتق، وتعاد القرعة بين الآخرين لِلْإِعْتَاقِ الثاني، فمن خرجت له القرعة عتق أيضاً، وإن خرجت القرعة أَوَّلاً للذي لم يَغِبْ؛ عتق، ولا تعاد القرعة؛ لأن تعيين القرعة كتعيين المالك، ولو عَيَّنَ المالك الذي لم يغب للعتق ثم قال له وَلِلَّذِي حَضَرَ آخراً: أحدكما حُرٌّ لكان صادقاً في قوله ولم يَقْتَضِ ذلك عتق الآخر، واستشهد لذلك بما إذا قال لزوجته وأجنبية: إحداكما طَالِقٌ لكن في هذه الصورة خلاف مذكور في «الطلاق» وكذلك الحكم فيما إذا قال لعبده [وَلِحُرٍّ][٤]: أحدكما حرٌّ. وأجاب الأستاذ أَبُو الحَسَنِ اَلمَاسَرْجِسيُّ في المسألة بأن القرعة إذا خرجت للذي لم يغب تعاد القرعة بينهما ثانياً؛ لأنه يحتمل أن يريد بقوله: الثاني الذي حضر آخراً. فإن خرجت القرعة الثانية لِلَّذِي لَمْ يَغِبْ أيضاً؛ لم يعتق غيره، وإن خرجت للآخر؛ عتق أيضاً، وقد تؤثر القرعة في أحد الطرفين دون الآخر، وإلى هذا مال الإمام وَرَجَّحَ اَلشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ اَلْأَوَّلَ.

ومنها: إذا كان في ملكه أربع إِمَاء فقال: كلما وَطَأْتُ واحدة منكن فواحدة منكن حرة، ثم وَطِيءَ واحدة منهن فتعتق واحدة منهن، وهل تدخل اَلمَوْطُوءَةُ في العتق اَلْمُبْهَمِ؟ يبنى على الوجهين السابقين في أن الوطء يكون تعييناً للملك في الموطوءة

---

(١) في أ: أسلم.
(٢) في ز: فيقال.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: ولهم.

[وللعتق][(١)] في غيرها إن قلنا: لا؛ دخلت، ويقرع بين الأربع، وإن قلنا نعم، وعليه فَرَّعَ ٱبْنُ ٱلحَدَّادِ فأول [ٱلْوَطْءِ] لا يتضمن التعيين؛ لأن العتق معلوم به، وما لم يوجد لا يثبت استحقاق العتق، فَلَوْ نَزَعَ بمجرد تَغيب ٱلحَشَفَةَ دَخَلَتِ ٱلمَوْطُوءَةُ في العتق المبهم، وإن ٱسْتَدَامَ فهل تتضمن الاستدامة التعيين، وإخراج الموطوءة عن استحقاق العتق؟! فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الاستدامة تَدُلُّ على أنه يبغي استبقاء الملك فيها وبهذا قال ٱلشَّيْخُ أَبُو زَيْدٍ، فعلى هذا يُقْرَعُ بين الثلاث البواقي.

وأظهرهما: وبه قال ٱبْنُ ٱلحَدَّادِ: لا؛ لأن الموجود وطء وبه يثبت استحقاق العتق فانتهاؤه كالابتداء، ولذلك لا يستحق بالاستدامة عتق آخر، وعلى هذا فيقرع بين الأربع فمن خرجت لها القرعة؛ عتقت وهذا كما لو قال لِأَمَتِهِ: إن وطئتك فأنت حرة، فإن وَطِئَهَا وَنَزَعَ في الحال لم يلزمه المهر [فيه] وإن استدام فهل نجعل الاستدامة كابتداء الوطء بعد العتق حتى يتعلق بها المهر؟ فيه وجهان، ومثله الخلاف في أنه إذا قال لامرأته: إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً، فوطئها واستدام. هل يَلْزَمُهُ المهر؟

[و] لو وطء ثلاثاً منهن مع الاستدامة فقضية كل وطء عتق أمة؛ لأنَّ كُلَّمَا[(٢)] تقتضي التكرار فإن جعلنا [الوطء][(٣)] تعييناً، والاستدامة متضمنة للتعيين أيضاً، فتعتقُ الأولى والثانية، والرابعة بلا قرعة، وَتَرِقُّ الثانية، ووجهه: أنه لما وَطِىءَ الأولى، وكما غيب ٱلحَشَفَةَ ثبت حق العتق [لواحدة، فإذا استدام خرجت عن أن تكون هي المستحقة لتعيينها للملك، والثانية والثالثة تعينتا للوطء بالملك أيضاً، فتتعين الرابعة للعتق، وإذا وطىء الثانية ثبت حق العتق][(٤)] لها، أو للأولى أو للثالثة أما الرابعة فقد علقت بالوطء الأول، فإذا استدام خرجت هي عن الاستحقاق، وخرجت الثالثة أيضاً بوطئها فتعينت الأولى للعتق وإذا وطىء الثالثة، لَمْ يَبْقَ إلاَّ هي، والثانية، واستدامة الوطء فيها إمساك لها فتعين العتق في الثانية، وإن جعلنا [الوطء] بعد الإبهام تعييناً، ولم نجعل الاستدامة تعييناً فتقرع بين الأولى، والرابعة، لأنه أمسك الثانية والثالثة للملك بوطئهما، والرابعة لم [يطئها][(٥)] واستدامة وطء الأولى ليس بِإِمْسَاكٍ، فتردد العتق المستحق بينهما فإن خرجت القرعة للرابعة عتقت [وبوطء][(٦)] الثانية يستحق عتق آخر لكن لاَ حَظَّ فيه للرابعة [لأنها عتقت بالوطء الأول، ولا للثالثة؛ لأنه أمسكها بالوطء، فإذاً هو متردد بين الأولى والثانية، فيقرع بينهما، فمن خرجت لها القرعة عتقت وبوطء الثالثة تستحق عتق آخر،

(١) في ز: والعتق.
(٢) في ز: كما.
(٣) سقط في: ز.
(٤) سقط في: ز.
(٥) سقط في: ز.
(٦) سقط في: ز.

ولا حظ فيه للرابعة]؛ ولا[1] لمن عتقت من الأولى، والثانية فإن عتقت ٱلأُولَىٰ أقرعنا بين الثانية والثالثة فإن عتقت ٱلثَّانِيَةُ أقرعنا[2] بين الأولى والثالثة، وإن خرجت القرعة [الأولى][3] للأولى دون الرابعة عتقت [بوطء] الثانية تَرَدَّدَ العتق المستحق بينها، وبين الرابعة فإن الأولى قد عُتِقَتْ والثالثة تَعَيَّنَتْ [بالوطء] للإمساك فيقرع بينهما فمن خرجت لها القرعة؛ عتقت وبوطء الثالثة تستحق عتق [آخر] وَلاَ حَظَّ فيه للأولى، ولا لمن عتقت من الثانية، والرابعة فإن عتقت الثانية، أَقْرَعْنَا بين الثالثة، والرابعة وإن عتقت الرابعة أقرعنا بين الثانية والثالثة، وإن قلنا: [الوطء] ليس بتعيين أصلاً فيقرع ثلاث مرات لاستحقاق العتق لثلاث منهن، يقرع لوطء الأولى بين الأربع بسهم عتق وثلاثة أسهم رقٍّ فإن خرجت للرابعة؛ عتقت، ولا مهر لها فإنه لم [يطئها] وإن خرجت للأولى عتقت، وهل تستحق المهر؟ يبنى على أن استدامة الوطء هل توجب المهر؟ وإن خرجت للثانية أو للثالثة عتقت، ولها المهر؛ لأنه تبين أنها عتقت بوطء الأولى فيكون ابتداء وطئها بعد حصول عتقها، ثم يقرع لوطء الثانية بين الثلاث البواقي بسهم عتق، وسهمي رق، فإن خرجت الرابعة فلا شيء لها وإن خرجت للثانية ففي استحقاقها المهر الوجهان، وإن خرجت للثالثة استحقت، وإن خرجت قرعة الحرية في المرة الأولى للثانية أقرعنا لوطء الثانية بين الأولى، والثالثة والرابعة، فإن خرج سهم العتق للأولى فلا مهر لها بلا خلاف؛ لأن عتقها حصل [بوطء] الثانية، فيكون [وطؤها] واقعاً قبل العتق، وإن خرج للرابعة فكذلك؛ لأنه لم [يطئها] وإن خرج للثالثة فلها المهر؛ لأنه تبين أنها عتقت قبل، وطئها ثم يقرع [لوطء] الثالثة بين الاثنين الباقيين بسهم عِتْقٍ وسهم رِقٍّ، فإن بقيت الثالثة والرابعة وخرجت القرعة للرابعة، فلا مهر، وإن خرجت للثالثة فهل لها المهر؟ فيه الوجهان. وإن بقيت للأولى والثانية، فلا مهر لمن خرجت لها القرعة منهما؛ لتقدم وطئها على عِتْقِهَا.

وفيه وجه آخر: أنه يقرع بين الأربع دفعة واحدة بثلاثة أسهم عتق وسهم رق فيعتق منهن ثلاث وترق واحدة. وهذا صحيح لمعرفة العتق، والرق ولكن لا يعرف به حكم المهر، وموضع الخلاف والوفاق ـ نعم إن قلنا إن الاستدامة توجب المهر، فتكفي القرعة على هذا الوجه، ومن عتقت بوطئها استحقت المهر. ولو وطىء الأربع؛ عتقن جميعاً، ويحتاج للمهر إلى الإقراع ثلاث مرات يقرع بين الأربع مرة بسهم عتق، وثلاثة أسهم رق ثم مرة بين ثلاث منهن بسهم عتق وسهمي رق ثم بين الاثنين الباقيين بسهم عتق وسهم رق، واستيعاب الاحتمالات يطول.

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في أ: قرعنا.

(٣) سقط في: ز.

والضابط: أن ينظر في كل قرعة[١]، فمن بَانَ أنها عتقت قبل وطئها فلها المهر، ومن بَانَ أنها عتقت بعد وطئها، فلا مهر، ومن بَانَ أنها عتقت بوطئها فهل لها المهر؟ فيه الوجهان في أن الاستدامة هل توجب المهر؟ هذا كله فيما إذا قال: «كلما وطئت واحدة منكن فواحدة منكن حرة» أما إذا قال: فواحدة من صواحبها[٢] حرة ووطئهن جميعاً، فإن قلنا: إن الوطء تعيين للملك في الموطوءة، عتقت ٱلرَّابِعَةُ [بوطء] الأولى والأولى [بوطء] الثانية، والثانية [بوطء] الثالثة وَرَقَّتِ ٱلثَّالِثَةُ. وإن قلنا: أنه ليس بتعيين، عتقت منهن ثلاث، وَرَقَّتْ واحدة فيقرع بين الثانية والثالثة والرابعة [بوطء] الأولى وإن خرجت القرعة للثانية؛ عتقت ثم يقرع لوطء الثانية بين الأولى والثالثة والرابعة، وإن خرجت للأولى أو الرابعة؛ عتقت وإذا وطيء الثالثة عتقت الثانية من الثلث، وهي الأولى أو الرابعة، ولا حاجة إلى القرعة، وإن خرجت القرعة الثانية للثالثة؛ عتقت، فإذا وَطِيءَ الثالثة؛ أَقْرَعَ بين الأولى والرابعة، فَمَنْ خرجت لها القرعة عتقت، وأما المهر فلا مهر للتي عتقت بعد [الوطء]، ويحل المهر للتي تبين عتقها قبل الوطء، وفي هذه الصورة لا تعتقُ ٱلموطوءة بوطئها بحال وَٱعْلَمْ أن الإقراع في جميع هذه الصور فيما إذا مات قبل البيان فأما في حال حياته فيؤمر بالبيان.

ومنها: له أربع إماء وعبيد فقال: كلما وطئت واحدة من إمائي فعبد من عبيدي حر، وكلما وطئت اثنتين فعبدان حران، وكلما وطئت ثلاثاً فثلاثة من عبيدي أحرار، وكلما وطئت أربعاً فأربعة، فَوَطيء الأربع فهو كما لو قال: كلما طلقت واحدة فعبد من عبيدي حر إلى آخر التصوير، وقد تقدم في «الطلاق» والظاهر أنه يعتق خمسة عشر عبداً.

ومنها: اشترى في مرض موته [عبد][٣] بأكثر من قيمته، والمحاباة بقدر الثلث كما إذا كان له ثلاثمائة، واشترى عبداً يساوي مائة بمائتين ثم أعتق ذلك العبد.

قال ٱبْنُ ٱلحَدَّادِ: إن لم يوفر الثمن نفذ العتق وبطلت المحاباة؛ لأن المحاباة كالهبة، فإن لم يقترن بها القبض حتى جاء ما هو أقوى منها بطلت، ويمضي البيع بثمن المثل، وعلى البائع أن يقنع به وإن وفر الثمن نفذت المحاباة، ورد العتق؛ لأن المحاباة استغرقت الثلث.

قال الأصحاب: وهذا غلط من حيث أنه فرق في المحاباة بين أن تكون مقبوضة أو لا تكون، ولا فرق؛ لأن المحاباة تعلقت بالمعاوضة والمعاوضات تَلْزَمُ بنفس العقد، ولهذا لو حَابَىٰ في المرض ولم يقترن القبض بمحاباته[٤]، ثم أراد إبطالها لم يتمكن

(١) في أ: رقعة.
(٢) في أ: صواحباتها.
(٣) في ز: عبيداً.
(٤) في أ: بمحاباة.

منه، ولو كانت كالهبة لتمكن من إبطالها قبل القبض في الصحة والمرض، وإذا لم يفرق الحال بين أن تكون مقبوضة أو لا تكون؛ فالجواب نفوذ المحاباة، ورد العتق؛ لتقدم المحاباة على العتق. قالوا: والقول بأنه يَلْزَمُ البائع أن يقنع بقدر قيمة العبد غلط أيضاً، فإنه لم يرض بزوال ملكه إلاَّ بالزيادة، بل ينبغي أن يقال أنه بالخيار بين أن يمضي البيع بقدر القيمة، وينفذ العتق وبين أن يفسخه ويبطل العتق.

ومنها: جارية بين شريكين حامل من زوج، أو زنا أعتق أحدهما نصيبه من الحمل، وهو مُوسِرٌ، ثم وضعت الحمل لوقت يعلم وجوده يوم الإعتاق، فإن وضعت لما دون ستة أشهر؛ فهو حر بالمباشرة، والسِّرَايَة، وعلى المعتق قيمة نصيب الشريك يوم الولادة، ولا مجال للتقويم قبل الولادة، وإن ألقته ميتاً من غير جناية جانٍ فلا شيء على المعتق لأنا لا ندري هل كان حياً، وهل عتق حتى يقال أَتْلَفَ على الشريك ملكه، وإن انفصل ميتاً بجناية فعلى عاقلة الجاني [غرة تصرف][1] إلى ورثة الجنين؛ لأنه محكوم له بالعتق، وعلى المعتق نصف عشر قيمة الأم للشريك فإن الجنين الرقيق يضمن [بالعشر][2].

هكذا أطلق ٱبْنُ ٱلحَدَّادِ.

وَعَنِ ٱلقَفَّالِ: أنه إنما يلزم نصف عشر قيمة الأم على المعتق إذا كان لا يزيد ذلك على نصف قيمة الغُرَّةِ فإن زاد لم يلزم إلاَّ نصف قيمة ٱلْغُرَّة لأن سبب وجوب الضمان على المعتق الغرة ألا ترى أنه لو انفصل من غير جناية؛ لم يجب شيء [و][3] كما يعتبر وجوب أصل الغرة يعتبر مقدارها وَرَأَىٰ الشيخ أَبُو عَلِيٍّ: الأخذ بالإطلاق وقال: ينبغي ألاَّ ينظر إلى قدر ٱلغُرَّةِ، فيلزم نصف العشر [بالغاً] ما بلغ؛ لأن انفصاله مضموناً كانفصاله حياً، ويدل عليه أن الغرة تصرف إلى الوارث النسيب، وقد لا يستحق المعتق منها شيئاً ومع ذلك يلزم الغرم وإنما كان يجب رعاية المناسبة من الغرمين أن لو كان الواجب غرماً بالجناية[4] للمعتق.

قال الشَّيْخُ: وهذا كله جواب على أن السِّرَايَةَ تحصل بنفس الإعتاق، فإن قلنا: تَحْصُلُ عند أداء القيمة، فإذا وضعت الحمل، وَقُوِّمَ ووصل نصف القيمة إلى الشريك فحينئذ يعتق الباقي، وإن ألْقَتْهُ ميتاً بجناية جان فنصفه حر، وهل يقوم الباقي على المعتق؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه، ومات العبد قبل وصول القيمة إلى الشريك، فإن قلنا: يسقط التقويم على الشريك فنصفه حر، ونصفه

(١) في ز: غيره يصرف.
(٢) سقط في: ز.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: الجناية.

رقيق، فعلى عاقلة الجاني نصف غُرَّةٍ وإلى من تصرف؟ فيه الخلاف المذكور في أن من بعضه رقيق هل يورث عنه ويجب للنصف المملوك نِصْفُ غُرَّة[1] قيمة الأم، فيكون في مال الجاني أو على عاقلته فيه الخلاف في أن بدل الرقيق هل يضرب على العاقلة؟

ومنها: خَلَّفَ ثَلاَثَةَ أَعْبُدٍ قيمة كل واحد منهم مائة، ولا مال له غيرهم فشهد عدلان أنه أعتق في مرضه هذين، وأشار إلى اثنين من الثلاثة وأشار الوارث إلى أحدهما فقال: أما هذا فقد أعتقهُ، وأما الآخر فلم يَعْتِقْهُ، فلا يقبل قول الوارث في إبطال حق الآخر من العتق، ولكن يقرع بينهما، فإن خرج سهم العتق للذي عينه الوارثُ، فقد يوافق مقتضى الإقرار والشهادة، فَإِنَّ مُقْتَضَىٰ الشهادة القرعة فيعتق الذي خرجت له القرعة، وَيَرِقُّ الآخر، وإن خرج سهم العتق للآخر عتق بمقتضى الشهادة، ويعتق من عينه الوارث بإقراره، وإن لم يكذب الوارث الشاهدين وقال: أعتق مورثي هذا، ولا أعلم حال الآخر فيقرع بينهما فمن خرجت له القرعة؛ عتق دون الآخر، ولو شهد الشاهدان أنه أعتق الثلاثة دفعة، وأشار الوارث إلى اثنين منهما وقال: إنه أعتقهما، ولم يعتق الثالث.

قَالَ ٱبْنُ ٱلحَدَّادِ ويقرع بين الثلاثة، فإن خرج سهم العتق للذي أنكر الوارث إعتاقه؛ عتق وتعاد القرعة لإقرار الوارث بين الآخرين، فمن خرجت له القرعة عتق بالإقرار وإن خرجت القرعة أولاً لأحد اللذين أَقَرَّ بإعتاقهما عتق ويرق الآخران.

وعن [بعض][2] الأصحاب: أنه إذا خرجت القرعة [أولاً][3] لأحدهما، فَتُعَادُ القرعة بينه وبين الآخر؛ لأن مقتضى الإقرار أن يقرع بينهما من غير ضم الثالث إليهما، وخروج القرعة حينئذ على أحدهما يكون أقرب منه إذا ضم إليهما الثالث فيقرع بين الثلاثة؛ لأنه مقتضى البينة، ويقرع بين الاثنين للإقرار، ولا يعتبر في القرعتين ترتيب، [فإذا][4] أَعَدْنَا القرعة بينهما بعدما عتق أحدهما، فالقرعة بين الثلاثة، فإن خرجت القرعة للذي عتق لم يعتق غيره، وقد يُوَافِقُ موجب القرعتين، فإن خرجت للآخر عتقا، وهذه المسائل كلها من «ٱلمُوَلَّدَاتِ».

ومن الفروع: إذا شهد شاهدان على أنه قال: أحد هذين العبدين حر تقبل الشهادة، وَيُحْكَمُ بمقتضاها، وكذا لو شهد شاهدان على أنه قال: إِحْدَىٰ ٱمْرَأَتَيْ طَالِقٌ. وساعدنا أَبُو حَنِيفَةَ في الطلاق دون العتاق [وسلم أنهما لو شهدا بعد موته بأنه أوصى بعتق أحدهما تسمع.

(١) في روضة ٨/ ٤٣١: عشر.
(٢) سقط في: ز.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: وإذا.

ولو][1] قال لعبده: أنت حر كيف شئت. عن أَبِي حَنِيفَةَ ـ أنه يعتق في الحال، ولا يتوقف على مشيئته. وعن صاحبيه ـ رحمهما الله ـ: أنه لا يعتق حتى يشاء.

قال اَبْنُ اَلصَّبَّاغِ وهو الأشبه: إذا ولدت اَلْمَزْنِيُّ بها ولداً وملكه اَلزَّانِي لم يعتق عليه وقال أَبُو حَنِيفَةَ: يعتقُ. إذا أوصى بعتق عبد يخرج من الثلث فعلى الوارث إعتاقه، فإن امتنع أعتقه السلطان؛ لأنه حق توجه عليه فإذا امتنع ناب عنه السلطان.

إذا كان عبده مقيداً فحلف بعتقه [أن][2] في قيده عشرة أرطال، وحلف بعتقه أنه لا يحله هو ولا غيره، فشهد عند القاضي شاهدان أن [في][3] قيده خمسة أرطال، وحكم القاضي بعتقه ثم حَلَّ القيد فوجد فيه عشرة أرطال.

قال أَبُو حَنِيفَةَ: يجب على الشاهدين قيمته بناءً على أن حكم الحاكم ينفذ باطناً وإن كان بشهادة الزور، فكأن الحكم وقع بشهادتهما.

و[4] قال صاحباه: لا يجب عليهما شيء. قال اَبْنُ اَلصَّبَّاغِ وَهُوَ الصحيح: أن العتق حصل بحل القيد دون الشهادة لتحقق كذبهما.

عن اَبْنِ اَلحَدَّادِ: إذا شهد شاهدان على أنه أعتق في مرضه هذا العبد وأوصى بعتقه، وحكم القاضي بشهادتهما، وشهد آخران على أنه أعتق عبداً آخر، وكل واحد منهما ثلث ماله ثم رجع اَلأَوَّلاَنِ، فلا يُرَدُّ القضاء بعد نفوذه، ويقرع بينهما، فإن خرجت القرعة للعبد الأول، عتق، وعلى الشاهد اَلْغُرْم بالرجوع، ويَرِقُّ الثاني، وحينئذ فيحصل للورثة التركة بتمامها، وإن خرجت للثاني، عتق وَرَقَّ الأول، ولا شيء على الراجعين؛ لأن القرعة لم تفض إلى عتق من شهدا بعتقه.

واعترض اَبْنُ اَلصَّبَّاغِ فقال: ينبغي أن يعتق الثاني بكل حال، ويقرع بينهما لمعرفة حال الأول، فإن خرجت القرعة له عتق أيضاً وَغَرِمَ اَلرَّاجِعَانِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الخَاصِيَّةُ الخَامِسَةُ الوَلاءُ) وَالنَّظَرُ فِي سَبَبِهِ وَحُكْمِهِ (أَمَّا السَّبَبُ) فَهُوَ زَوَالُ المِلْكِ بِالحُرِّيَّةِ فَمَنْ زَالَ مِلْكُهُ بِالحُرِّيَّةِ عَنْ رَقِيقٍ فَهُوَ مَوْلاَهُ سَوَاءٌ نَجَّزَ عِتْقَهُ أَوْ عَلَّقَ أَوْ دَبَّرَ أَوِ اَسْتَوْلَدَ أَوْ كَاتَبَ أَوْ أَعْتَقَ العَبْدَ بِعِوَضٍ أَوْ بَاعَهُ مِنْ نَفْسِهِ، وَحَقِيقَةُ الوَلاَءِ أَنَّهُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ فَإِنَّ المُعْتَقَ سَبَبٌ لِوُجُودِ الرَّقِيقِ لِنَفْسِهِ كَمَا أَنَّ الأَبَ سَبَبٌ، وَلِذَلِكَ تَحْرُمُ الصَّدَقَةُ فِي وَجْهٍ عَلَى مَوَالِي بَنِي هَاشِمٍ، وَلَوْ أَوْصَى لِبَنِي فُلاَنٍ دَخَلَ مَوَالِيهِمْ فِي وَجْهٍ،

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط في: ز.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: أو.

وَلِذَٰلِكَ لَوْ شَرَطَ نَفْيَ الوَلاَءِ أَوْ ثُبُوتَهُ لِغَيْرِ المُعْتَقِ لَغَا، وَلاَ يَثْبُتُ الوَلاَءُ بِالمُوَالاَةِ وَالعَهْدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قال في «ٱلصِّحَاحِ»: يقال بينهما وَلاَءٌ بالفتح: أي قرابة. والولاء وَلاَءُ المعتق، وَٱلوَلاَءُ ٱلمُوَالُونَ يقال: هم وَلاَءُ فلان، والموالاة ضد المعاداة، وفي الباب نظران:

أحدهما: في سبب الولاء، وهو زوال الملك بالحرية عن الرقيق، وقد يقال: هو عتق مملوك الإنسان[(١)] عليه، فمن أعتق عبداً بِٱلتَّنْجِيزِ؛ أو بالتعليق ووجود الصفة ثبت له الولاء عليه. قال ﷺ: «ٱلْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[(٢)] وكذا لو دبر عبده، واستولد جاريته، فعتقا بموته، أو كاتب فعتق المكاتب بأداء النجوم أو بالإبراء، أو التمس من مالك العبد أن يعتق عبده عنه بعوض أو بغير عوض، فأجابه فإن العتق، وقع عن الملتمس، أو أعتق نصيبه من العبد المشترك فسرى، أو ملك قريبه [فعتق][(٣)] عليه.

ولو باع العبد من نفسه فسيأتي القول فيه في «الكتابة» والصحيح صحته، وحينئذ فولاؤه للسيد كما لو أعتقه على مال.

وفيه وجه: أنه لا ولاء عليه؛ لأن البيع يزيل الولاء عنه، ولا يثبت للعبد الولاء على نفسه، وقد ذكر هذا الوجه في الكتاب هناك واقتصر [ها هنا][(٤)] على إيراد الأظهر، ولا فرق بين أن يتفق ٱلدِّيْنُ أو يختلف حتى لو أعتق المسلمُ عبداً كافراً، أو الكافر [عبداً][(٥)] مسلماً يثبت [علقة][(٦)] الولاء، وإن لم يتوارثا كما يثبت علقةُ النكاح، والنسب بين الكافر والمسلم، وإن لم يتوارثا[(٧)].

وعن مالك: أنه لا يثبت الولاء مع اختلاف ٱلدِّينِ والولاء من خاصية الإعتاق، وبه يُشْعِرُ قوله ﷺ: «إِنَّمَا ٱلْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[(٨)]. فمن أسلم على يديه مشرك، فلا ولاء له عليه، ومن أعتق عبد غيره بغير إذنه وقع العتق عنه، وكان الولاء له دون المعتق عنه خلافاً لِمَالِكٍ ثم «ٱلْوَلاَءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ ٱلنَّسَبِ» على ما رُوِيَ عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: «ٱلْوَلاَءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ ٱلنَّسَبِ لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوهَبُ»[(٩)] والمعنى

---

(١) في ز: للإنسان.
(٢) تقدم.
(٣) في ز: فيعتق.
(٤) سقط في: ز.
(٥) سقط في: ز.
(٦) سقط في: ز.
(٧) في أ: ولا يثبت الميراث.
(٨) متفق عليه.
(٩) رواه الشافعي عن محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر بهذا، ورواه ابن حبان [٧/ ٩١] في صحيحه من طريق بشر بن الوليد عن أبي يوسف، لكن قال عن عبيد الله بن عمر عن عبد الله ابن دينار، وكذلك رواه البيهقي [١٠/ ٢٩٢ ـ ٢٩٣]، وقال في المعرفة: كأن الشافعي حدث به من حفظه، فنسي عبيد الله بن عمر من إسناده، وقد رواه محمد=

قرابة، وَأَمْشَاجٌ كأمشاج النسب، وقد تفتح اللَّحمة من اللحمة.

وقوله: «لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوهَبُ» ـ يعني أن نفس الولاء لا ينتقل من شخص إلى شخص بعوض، وبغير عوض كما أن القرابة لا تنتقل، ويروى «النهي عن بيع الولاء وهبته»[(١)]، وكذلك لا يورث الولاء، ولكن يورث به كما أن النسب لا يورث ويورث به، وَمِمَّا يدل عليه أنه لو كان الولاء موروثاً لاشترك في استحقاقه الرجال، والنساء كسائر الحقوق، وأنه لو مات المعتق المسلم عن [ابنيه][(٢)] ـ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيّ ـ فأسلم النصراني ثم مات العتيق فإنهما يستويان في الإرث، ولو كان الولاء موروثاً لاختص به الابن المسلم ولما شاركه النصراني بإسلامه الطارىء، وأنه لو مات المعتق عن ابنيه ثم مات أحدهما عن ابن ثم مات العتيق، فميراثه لابن المعتق دون ابن الابن على ما سيأتي.

ولو كان الولاء موروثاً لأَنْتَقَلَ نَصِيبُ الابن إلى ابنه.

وقوله في الكتاب: «فإن المعتق سبب لوجود الرقيق لنفسه» المقصود منه تحقق المشابهة [بين][(٣)] أَمْتِشَاجِ النسب، وامتشاج الولاء، والمعنى أنه كما أن الأب سبب لوجود الأولاد فالمعتق سبب لوجود الرقيق لنفسه وذلك؛ لأن الرقيق كالمفقود لنفسه، والموجود لسيده؛ ألا ترى أنه لا يستقل، ولا يملك، ولا يتصرف لنفسه، وإنما يملك ويتصرف لسيده فإذا أعتقه فقد جعله موجوداً لنفسه، وإلى هذا أشار النبي ﷺ بقوله:

= ابن الحسن في كتاب الولاء له عن أبي يوسف عن عبيد الله بن عمر عن عبد الله بن دينار به، وقال أبو بكر النيسابوري: هذا خطأ، لأن الثقات رووه عن عبد الله بن دينار بغير هذا اللفظ، وهذا اللفظ إنما هو رواية الحسن المرسلة، ثم ساقه الدارقطني من طريق يزيد بن هارون عن هشام بن حسان عن الحسن، عن رسول الله ﷺ، قال البيهقي: ورويناه من طريق ضمرة عن الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر، قال الطبراني: تفرد به ضمرة، يعني باللفظ المذكور، قال البيهقي: وقد رواه إبراهيم بن محمد بن يوسف الفريابي عن ضمرة على الصواب، كرواية الجماعة، فالخطأ فيه ممن دونه، وقد جمع أبو نعيم طرق حديث النهي عن بيع الولاء وعن هبته، في مسند عبد الله بن دينار له، فرواه عن نحو من خمسين رجلاً أو أكثر من أصحابه عنه، ورواه الترمذي من حديث يحيى بن سليم عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر، وقال: أخطأ فيه يحيى بن سليم، وإنما رواه عبيد الله عن عبد الله بن دينار، وروى الحاكم [٣٤١/٤] من طريق محمد بن مسلم الطائفي عن إسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر، مثل لفظ أبي يوسف، والطائفي فيه مقال، وتابعه يحيى بن سليم عن إسماعيل بن أمية، قال البيهقي: ويحيى بن سليم ضعيف سيء الحفظ، ورواه أبو جعفر الطبري في تهذيبه، وأبو نعيم في معرفة الصحابة، والطبراني في الكبير من حديث عبد الله بن أبي أوفى، وظاهر إسناده الصحة، وهو يعكر على البيهقي حيث قال عقب حديث أبي يوسف: يروى بأسانيد أخر كلها ضعيفة.

(١) متفق عليه.
(٢) في ز: اثنين.
(٣) في ز: من.

«لن يَجْزِيَ وَلَدٌ وَالِدَهُ. . .» الحديث[١] فإنه إذا سعى في إعتاق أبيه، فقد كافأه على حق الأبوة إذ صار سبباً لوجوده الحكمي، كما كان[٢] الأب سبباً لوجوده الحقيقي ـ ويوضحه قوله ﷺ: «مَوْلَى ٱلْقَوْمِ مِنْهُم»[٣] ويؤيد التشبيه بين النسب والولاء مسائل:

إحداها: أن الزكاة تَحْرُمُ على موالي بَنِي هَاشِم، وَبَنِي عَبْدِ ٱلْمُطَّلِبِ على وجه، أو قول كما تحرم عليهم، وقد ذكرناه في «قسم الصدقات» وبينا أنه الأصح. وليحمل لفظ «الصدقة» في الكتاب على الزكاة، فقد مر أن الأصح أن صدقة التطوع لا تحرم على بَنِي هَاشِم وَبَنِي ٱلْمُطَّلِبِ.

والثانية: لو أوصى لبني فلان، فقد ذكر بعض الأصحاب أن مواليهم يدخلون في الوصية دخول المنتسبين إلى فلان، والأقرب إلى ٱللَّفْظِ خلافه.

والثالثة: لو أعتق عبداً على أن لا ولاء له [عليه][٤] أو أعتقه على أن يكون سائبة لغى الشرط ويثبت الولاء؛ لقوله ﷺ: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ ٱللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، قَضَاءُ ٱللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُهُ أَوْثَقُ. إِنَّمَا ٱلْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[٥].

ولو شرط أن يكون وَلاَؤُهُ للمسلمين، أو لفلان؛ فهو لَغْوٌ أيضاً، ولا ينتقل الولاء عنه كما لا ينتقل النسب. وعن مَالِكٍ: أنه يكون ولاؤه للمسلمين، ويسلم أنه لا يكون لفلان إلاَّ إذا أعتق عنه على ما تقدم.

والرابعة: لا يثبت الولاء بالموالاة، والعهد كما لا يثبت ٱلنَّسَبُ بالموالاة لأن هذا ثمرة الإنعام بالإعتاق كما أن ذلك ثمرة البعضية.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: يَصِحُّ عقد الموالاة بين اللذين لا يعرف نسبهما ولا ولاء عليهما ويتعلق به التوارث، وتحمل العقل ولهما فسخه ما لم يتحمل أحدهما عن الآخر فإن[٦] تحمل لزم، ولا فَسْخَ بَعْدَهُ. وأعلم قوله في الكتاب: «لَغَل» بالميم ـ وقوله: «ولا يثبت الولاء بالموالاة والعهد» لما بينا[ه]. والله أعلم.

---

(١) إلا أن يجده مملوكاً فيتشريه فيعتق، تقدم.

(٢) في أ: أن.

(٣) رواه أصحاب السنن وابن حبان من حديث أبي رافع وفيه قصة، وفي الباب عن عتبة بن غزوان عند الطبراني، وعمرو بن عوف عنده، وعند إسحاق وابن أبي شيبة، وعن أبي هريرة عند البزار، وعن رفاعة بن رافع عند أحمد والحاكم وفي الأدب المفرد للبخاري.

(٤) سقط في: أ.

(٥) متفق عليه من حديث عائشة في قصة بريرة.

(٦) في أ: وإن.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَكَذٰلِكَ يَسْتَرْسِلُ الوَلاءُ عَلَى أَوْلَادِ المُعْتَقِ وَأَحْفَادِهِ وَمُعْتقه ومُعْتِق مُعْتِقِهِ، فَالمَوْلَى إِمَّا المُعْتَقُ أَوْ مُعْتَقُ الأَبِ أَوْ مُعْتَقُ الأُمِّ أَوْ مُعْتَقُ المُعْتَقِ، وَيَسْتَرْسِلُ الولاء عَلَى أَوْلَادِ المُعْتَقِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ مَنْ مَسَّهُ الرِّقُّ فَلاَ وَلاَءَ عَلَيْهِ أَصْلاً إِلاَّ لِمُعْتِقِهِ أَوْ عَصَبَاتِ مُعْتِقِهِ؛ لِأَنَّ المُبَاشَرَةَ أَقْوَى، وَكَذٰلِكَ إِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ أَبُوهُ حُرٌّ أَصْلِيٌّ مَا مَسَّ الرِّقُّ أَبَاهُ، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً أَصْلِيَّةً ثَبَتَ الوَلاَءُ عَلَيْهِ نَظَراً إِلَى جَانِبِ الأَبِ، وَمِنْهُمْ مَنْ سَوَّى فِي إِثْبَاتِ الوَلاَءِ، وَمِنْهُمْ مَنْ سَوَّى فِي النَّفْيِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: [في](1) هذه ٱللَّفْظَة يجوز أن تقرأ باللام ٱحتجاجاً به على المشابهة بين النسب والولاء، والمعنى: أَنَّ ٱلْقَرَابَةَ بين الأصول يتعدى إلى الفروع والأولاد، فكذلك يسترسل الولاء بتوسط المعنى(2) على أولاده وأحفاده، ويجوز أن يقرأ بالكاف ويكون ذلك معطوفاً على قوله في الفصل السابق: «فمن زال ملكه بالحرية عن رقيق فهو مولاه» والمقصود أنه كما يثبت الولاء على المعتق بمباشرة إعتاقه، أو بعتقه في ملكه يثبت على أولاده وأحفاده ومعتقهم؛ لأن النعمة على الأصل نعمة على الفرع، ولذلك يثبت على مُعْتِقِهِ ومعتق معتقه؛ لما ذكرنا أن للولاء أمشاجاً كأمشاج النسب، وَيُعْرَفُ من هذا إذا عكس أن الولاء كما يثبت للمعتق يثبت لمعتق الأب، [وسائر](3) الأصول، وَلِمُعْتِقِ ٱلْمُعْتق، وكما يثبت الولاء على ولد المُعْتِقِ، يثبت على وَلَدِ ٱلْمُعْتَقَةِ أيضاً وبل أولى؛ لأن الولادة حِسِّيَّةٌ والانتساب إلى الأب حكمي، ويستثنى عن استرسال الولاء على أولاد المعتق وأحفاده موضعان:

أحدهما: إذا كان فيهم من مَسَّهُ الرق، والعتق فَوَلَاؤُهُ لمعتقه، فإن لم يكن فَلِعَصَبات معتقه فإن لم يكونوا، فالميراث لبيت المال ولا ولاء عليه لمعتقِ الأصول بحال، فإنه أعتق مُبَاشَرَةً، وولاء المباشرة أقوى وصورته: أن تَلِدَ رقيقة رقيقاً من رقيق أو حر، فأعتق الولد وأعتق أبواه أو أمه أيضاً.

والثاني: من أبوه حر أصلي ولا ولاء عليه، وأمه معتقة، هل يثبت الولاء عليه لموالي الأم؟ فيه ثلاثة أوجه:

أَصَحُّهَا ـ وبه قال مَالِكٌ: لا؛ لأن الانتساب إلى الأب، والأب حر مستقل لا ولاء عليه، فليكن الولد مثله، وأيضاً فإن ابتداء حرية الأب تبطل دوام الولاء [لموالي الأم](4) فاستدامة الحرية أولى أن تمنع ثبوت الولاء لهم.

---

(1) سقط في: ز.
(2) في ز: المعتق.
(3) في ز: ولسائر.
(4) سقط في: ز.

والثاني: يَثْبُتُ؛ لأن الأم معتقة، وقد تعذر إثبات الولاء عليه من جانب الأب فأشبه ما إذا كان الأب رقيقاً.

والثالث: وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ: الفرق بين أن تكون حرية الأب مُسْتَيْقَنَةً بأن كان عربياً معلوم النسب، فلا[1] يثبت الولاء لموالي الأم وبين أن يكون الحكم بالحرية بناءً على ظاهر الدار، أو أن الأصل في الناس الحرية فيثبت لضعف حرية الأب، ولو كان الأب معتقاً والأم حرة أصلية فظاهر المذهب ثبوت الولاء عليه، لموالي الأب؛ لأن الانتساب إلى الأب، وهو معتق، ولهذا يثبت الولاء على ولد المعتقة من المعتق.

وعن رواية اَلشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ وجه ضعيف: أنه لا ولاء عليه تَغْلِيباً للحرية الأصلية من أحد الطرفين، وعلى هذا فإنما يَسْتَرْسِلُ الولاء على الأحفاد الذين ليس في أحد طرفيهم حر أصلي. وقوله في الكتاب: ثانياً «وَيَسْتَرْسِلُ الولاء على أولاد المعتق» هو الذي اشتمل عليه قوله أولاً، «ويسترسل الولاء على أولاد[2] اَلْمُعْتِقِ وَأَحْفَادِهِ» وإنما أعاده لتعقيبه باستثناء ما يحتاج إلى استثنائه.

وذكر ظاهر المذهب فيمن أحد أبويه حر أصلي، وهو أنه لا ولاء على من أبوه حر أصلي ما مَسَّ الرق أباه، يعني: وأمه معتقة وإنه يثبت الولاء على من أمه حرة أصلية، وأبوه معتق، ثم أشار إلى وجه ثبوت الولاء في الصورة الأولى بقوله: «ومنهم مَنْ سوى في إثبات الولاء» ثم إلى الوجه الضعيف، فيما إذا كانت الأم حرة أصلية بقوله: «ومنهم من سوى في النفي». ويجوز أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ: وكذا إن كان فيهم من أبوه حرٌّ أصلي لمصيره إلى التفصيل المذكور.

وأن يعلم قوله: «[وكذا][3] في إِثْبَاتِ الولاء» بِالمِيمِ.

فرع: مَنْ أُمَّهُ حرة أصلية، وأبوه رقيق لا ولاء عليه لأحد ما دام الأب رقيقاً، فإن أعتق فهل يثبت الولاء عليه لموالي[4] الأب؟

قال الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: فيه جوابان سمعتهما من شيخي في وقتين وهما محتملان:

أحدهما: يثبت؛ لأنه ثبت الولاء على الأب بالإعتاق، وإنما لم يثبت في الابتداء لرق الأب.

والثاني: المنع؛ لأنه لم يثبت في الابتداء؛ فلا يثبت بعده كما لو كان الأبوان حُرَّيْنِ.

---

(١) في ز: ولا.
(٢) في ز: أفراد.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: مولى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا التَّقْدِيمُ فَلاَ وَلاَءَ مَعَ مُبَاشَرَةِ الرِّقِّ لِغَيْرِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُبَاشِراً بِأَنْ حَصَلَ فِي نِكَاحِ الغُرورِ مِنْ رَقِيقَيْنِ أَوْ مِنْ مُعْتَقَيْنِ فَالوَلاَءُ لِمُعْتِقِ الأَبِ، وَإِنْ كَانَ الأَبُ رَقِيقاً بَعْدُ فَلِمُعْتِقِ الأُمِّ إِلَى أَنْ يُعْتَقَ الأَبُ فَيَنْجَرُّ إِلَيْهِ وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ الأَبُ رَقِيقاً فَأُعْتِقَ أَبُ الأَبِ انْجَرَّ الوَلاَءُ إِلَيْهِ ثُمَّ يَنْجَرُّ مِنْهُ إِلَى مُعْتِقِ الأَبِ إِنْ أُعْتِقَ، وَقِيلَ: لاَ يَنْجَرُّ؛ لأَنَّ الأَبَ رَقِيقٌ، فَلاَ يَنْجَرُّ إِلَى أَبِيهِ، وَالمَوْلُودُ مِنْ حُرَّيْنِ إِذَا كَانَ أَجْدَادُهُ أَرِقَّاءَ ثَبَتَ الوَلاَءُ عَلَيْهِ لِمُعْتِقِ أُمِّ الأُمِّ إِذَا أَعْتَقَهَا ثُمَّ يَنْجَرُّ إِلَى مُعْتِقِ أَبِ الأُمِّ ثُمَّ مِنْهُ إِلَى مُعْتِقِ أُمِّ الأَبِ ثُمَّ مِنْهُ إِلَى مُعْتِقِ أَبِ الأَبِ وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الأَبُ رَقِيقاً فَيَنْجَرُّ إِلَى مُعْتِقِ الأَبِ وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: بَانَ في الفصل السابق أن الولاء على الشخص يثبت بمباشرة إعتاقه، أو عتقه في مِلْكِ الإنسان يثبت أيضاً متعدياً من إعتاق بعض أصوله، والغرض الآن بيان الترتيب فَجِهَةُ مُبَاشَرَةِ العتق مُتَقَدِّمَةٌ[1] على جهة تَعدِّي الولاء من الأصول.

وَٱعْلَمْ أن قولنا: «تقدم أحد الشخصين على الآخر» نريد به في الغالب أنهما إذا اجتمعا كان الأول أولى من الثاني، فإذا لم يوجد الأول قام الثاني مقامه كما نقول: الابن مقدم[2] على ابن الابن في العصوبة، والأب يقدم على الجَدِّ في الولاية، وليس المقصود الآن هذا بل مهما مَسَّ ٱلشَّخْصَ رِقٌّ [و]لحقه إعتاق، فلا ولاء عليه لمعتق أمه وأبيه، ولا واحد من أصوله على ما تبين في الفصل السابق.

وقوله في الكتاب: «فلا ولاء عليه مع مباشرة العتق لغيره»، ليس معناه: أنه لا ولاء لغيره مع وجوده فحسب، بل سواء وجد في الحال أو لم يوجد فالمباشر إعتاقه لا ولاء عليه لمعتقي أصوله، وذلك، لأن نعمة من أعتقه عليه أعظم من نعمة من أعتق بعض أصوله، فيختصُّ بالولاء فإن لم يوجد فالولاء لعصباته، وأما إذا خُلِقَ الشخص حراً وأبوه عتيق؛ ثبت[3] الولاء عليه لمعتق أبيه، وهذا قد يصور[4] في الأبوين الرقيقين بأن يُغَرَّ الرقيقُ بحرية أمةٍ فينكحها ويولدها على ظن الحرية فإن الولد يكون حراً، أو في وطء الشبهة بأن يطأ الرقيق أمة الغير على ظن أنها زوجته الحرة، وقد يصور فيما إذا كانت الأم حرة أصلية أو معتقة، ومعتق الأب أولى بثبوت الولاء من معتق الأم؛ لأن الولاء يَتْلُوُ النسب والنسب إلى الآباء دون الأمهات.

وأيضاً فإن الولاء والإرث به مبنيان على الأقوى فالأقوى، ولذلك ينفرد به الذكور من أولاد المعتق وجانب الأب أقوى من جانب الأم، وإن كان الأب رقيقاً والأم معتقة

(١) في أ: مقدمة.
(٢) في ز: يقدم.
(٣) في ز: فيثبت.
(٤) في ز: يتصور.

فيثبت الولاء لمعتق الأم؛ لأنا عَجَزْنَا عن إثبات الولاء من جهة الأب إذ لا ولاء عليه، ولمعتق الأم نعمة عليه، فإنه عتق يعتق الأم، فإن مات والأب رقيق بعد ورث معتق الأم منه بالولاء، وإن عتق الأب في حياته إِنْجَرَّ الولاء من معتق الأم إلى معتق الأب [و][١] يروى ذلك عن عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَٱبْنِ مَسْعُودٍ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ - رضي الله عنهم - ولا مخالف لهم. والمعنى فيه أن ثبوت الولاء لموالي الأم كان لضرورة، أنه لا ولاء على الأب، فَإِذَا [أعتق][٢] وثبت الولاء زَالَتِ الضرورة فرددنا إلى موالي الأب ولو مات الأب رقيقاً، وعتق ٱلجَدُّ انْجَرَّ أيضاً من موالي الأم إلى موالي الجد، ولو عتق الجد والأب رقيق - فهل يَنْجَرُّ مِنْ موالي الأم إلى موالي الجد؟ فيه وجهان كالوجهين فيما إذا أَسْلَمَ ٱلجَدُّ والأب حُرٌّ[٣] كَافِرٌ هل يحكم بإسلام الطفل؟

أظهرهما: أنه يَنْجَرُّ - وبه قال مَالِكٌ - وعلى هذا فلو عتق الأب بعد ذلك ٱنْجَرَّ من مولى ٱلجَدِّ إلى مولى الأب؛ لأن ٱلجَدَّ إنما جره؛ لكون الأب رقيقاً فإذا عتق كان هو أولى بالجر.

والثاني: لا يَنْجَرُّ - وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو عَلِيٍّ بن أَبِي هُرَيْرَةَ وَٱلطَّبْرِيُّ - رحمهم الله - وعلى هذا فلو مات الأب بعد عتق ٱلجَدِّ هل ينجر من موالي الجد بالعتق السابق؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه إنما لم ينجر لبقاء الأب رقيقاً، فإذا مات زال المانع.

والثاني: لا؛ لأنه لما امتنع ٱنْجَرَّ عند العتق واستقر الولاء لمولى الأم فلا حر بعد ذلك. وهذا كما أنه إذا أسلم الجد، والأب حُرٌّ كافر، وقلنا: لا يتبعه الطفل في الإسلام فإذا مات الأب كافراً لا يتبعه أيضاً، ولو سبى الطفل مع أبويه وهما كافران؛ لا يحكم بإسلامه فإذا ماتا كافرين لا يحكم بإسلامه أيضاً لدوام السبي، وهذا أَصَحُّ عند الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ، والأول هو المذكور في «ٱلتَّهْذِيبِ».

وإذا ثبت الولاء لموالي الأم على ولد المعتقة لرق الأب فلو اشترى الولد أباه؛ ثبت له الولاء عليه، وعلى إِخْوَتِهِ وَأَخَوَاتِهِ الذين هم أولاده وهل ينجر ولاء نفسه من موالي الأم؟ فيه وجهان:

أَصَحُّهُمَا - وهو المنصوص: لا؛ بل يبقى ولاؤه لموالي الأم؛ لأنه لا يمكن أن يكون له على نفسه ولاء، ولهذا إذا اشترى العبد نفسه، يعتق ويكون الولاء للسيد، وكذا المكاتب إذا أعتق[٤] بأداء النجوم، وإذا تعذر الجر بقي في موضعه.

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: عتق.
(٣) في ز: حيٌّ.
(٤) في ز: عتق.

والثاني: وَيُنْسَبُ إلى تخريج ٱبْنِ سُرَيج واختاره أَبُو خَلَفٍ ٱلسُّلَمِيُّ: أنه ينجر كما لو أعتق الأب غيره لم يسقط، ويصير كحر لا ولاء عليه فالذي[1] خلق حراً من أبوين حرين إذا كان أجداده أرقاء، ويتصور ذلك في نكاح الغرور وفي الوطء بالشبهة إذا أعتقت أم أمه؛ يثبت الولاء عليه لمعتق أم الأم فإن [أعتق][2] أبو أمه بعد ذلك ٱنْجَرَّ الولاء من مُعْتِقِ أم الأم إلى مُعْتِقِ أَبِ ٱلأُمِّ، فإن أعتقت أم أبيه بعد ذلك ٱنْجَرَّ ولاؤه من معتق أب الأم إلى معتق أم الأب، فإن أعتق أبو أبيه بعد ذلك ٱنْجَرَّ الولاء من معتق أم الأب إلى معتق أب الأب.

ولو كانت المسألة بحالها لكن أبوه رقيق فأعتق الأب بعد عتق هؤلاء انجر الولاء من معتق أب الأب إلى معتق الأب، واستقر [عليه والسبب][3] في ذلك أن جهة الأبوة أقوى من جهة الأمومة؛ فينجر من الأضعف إلى الأقوى، ولو عتقوا على ترتيب آخر لم يَخْفَ الحكم، وإذا أثبتنا الولاء لموالي الأم فمات الولد أخذوا ميراثه، فإن عتق الأب بعد ذلك لم يكن لمعتقه استرداده، بل الاعتبار بحالة الموت، ولم يكن له ولاء حينئذ وليس معنى ٱلأنْجِرَارِ أنا نتبين أن الولاء لم يزل في جانب الأب بل ينقطع من وقت عتق الأب عن موالي الأم، [فإذا][4] انجر الولاء إلى موالي الأب فلم يبق منهم أحد، فلا يعود إلى موالي الأم بل يكون الميراث لبيت المال، وكذلك إذا ثبت الولاء لموالي الأب فَفَنُوا؛ لم يصر الولاء لموالي الجد حتى لو مات الذي انجر ولاؤه من موالي جَدِّهِ إلى موالي أبيه، حينئذ فَمِيرَاثُهُ لبيت المال.

وقوله في الكتاب: «بأن حصل في نِكَاحِ الغرور من رقيقين» يعني ثم أعتق الأب، ولا يشترط للتصوير كون الأب رقيقاً عند الغرور، وَٱلإِيلاَدِ بل لو كان معتقاً كان الحكم كذلك.

وقوله: «أو من معتقين» لا يتعلق بنكاح الغرور بل ولدهما حر على الإطلاق.

وقوله: «لم يَنْجَرَّ الولاء عليه» معلم بالحاء.

وقوله: «ولا يَنْجَرُّ» بالميم.

وقوله: «ثم ينجر منه إلى معتق أب الأم ثم منه إلى معتق أم الأب...» إلى آخره يعني إذا أعتقوا على هذا الترتيب.

وقوله: «إلا أن يكون الأب رقيقاً» ليس باستثناء محقق؛ لأنه صور أولاً في المولود من حرين فلا يدخل فيه ما إذا كان الأب رقيقاً حتى يستثنى منه؛ ولكنه استثناء منقطع.

---

(١) في ز: والذي.
(٢) في ز: عتق.
(٣) في أ: الأب والنسب.
(٤) في ز: وإذا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَمَنْ أَعْتَقَ أَمَةً حَامِلاً مِنْ مُعْتق فَوَلاَءُ الجَنِينِ لَهُ لِأَنَّهُ مُبَاشِرٌ، لاَ لِمُعْتِقِ الأَبِ لكِنْ ذَلِكَ إِذَا أَتَتْ بِوَلَدٍ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهرٍ مِنْ وَقْتِ إِعْتَاقِ الأُمِّ، فَإِنْ كَانَ لِأَكْثَرَ وَالزَّوْجُ يَفْتَرِشُهَا فَالوَلاَءُ لِمَوْلَى الأَبِ، وَإِنْ كَانَ لاَ يَفْتَرِشُهَا وَهُوَ لِأَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ فَقَوْلاَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أعتق جاريته، وهي في نكاح معتق فأتت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الإعتاق [فولاء الجنين] لمعتق الجارية، لا لمعتق أبيه لأنَّا تيقنا وجوده يوم الإعتاق، فمعتقه بَاشَرَ إعتاقه بإعتاقها وولاء المباشرة مقدم على ما مر، وإن أتت به لستة أشهر فصاعداً فإن كان الزوج يفترشها فولاؤه لمعتق الأب؛ لأنا لا نعلم وجوده يوم الإعتاق والأصل عدمه، والافتراش سبب ظاهر للحدوث بعده. وإن كان لا يفترشها وأتت به لأربع سنين من وقت الإعتاق؛ فكذلك وإن أتت به لِأَقَلَّ من أربع سنين فقولان؛ لأن ثبوت النسب يدل على تقدير وجوده حينئذ، ولكن النسب يكفي فيه الإمكان، وقد لا يكتفي[1] في الولاية وتثبت المسألة في أحوالها على ما إذا أوصى بحمل فلانة، وقد ذكرناه في «الوصية» وبينا أن الأظهر في صورة الخلاف، أنه يستحق الوصية فعلى قياسه يكون الولاء لمعتق الأم دون معتق الأب.

ولو أعتق جاريته، وهي في نكاح رقيق فأتت بولد لما دون ستة أشهر من يوم الإعتاق فولاؤه لمعتق الأم بالمباشرة، وإذا أعتق[2] الأب لم يَنْجَرّ الولاء إلى معتقه، وإن أتت به لستة أشهر فصاعداً.

قال في «اَلتَّهْذِيبِ»: إن لم يفارقها الزوج، فولاؤه لمولى الأم، فإذا أعتق الأب ينجر الولاء إلى معتقه؛ لأنا لم نتحقق وجوده يوم إعتاق الأم وإن كان الزوج قد فارقها، فإن أَتَتْ به لأكثر من أربع سنين من يوم الفراق، فالولد مَنْفِيٌّ عن الزوج، وولاؤه لمعتق الأم أبداً، وإن أتت به لأقل من أربع سنين، فالولد مُلْحَقٌ بالزوج، وولاؤه لمعتق الأم فإذا أعتق[3] الأب ففي اَنْجِرَارِ الولاء إلى معتقه قولان:

أحدهما: لا يَنْجَرُّ؛ لأنا جعلناه موجوداً يوم الإعتاق؛ لثبوت النسب من الزوج فيكون عتقه بالمباشرة.

والثاني: يَنْجَرُّ ونجعله حادثاً بعد عتق الأم، ويخالف النسب فإنا نثبته بمجرد الإمكان. ولو نفى الزوج المعتق ولد زوجته المعتقة باللعان؛ لم يحكم بأن ولاء الولد لموالي الأب، ويكون في الظاهر لموالي الأم، فإن كذب الملاعن نفسه لحقه الولد،

(١) في أ: فلا يكفي.
(٢) في ز: عتق.
(٣) في ز: عتق.

وحكمنا بالولاء لمواليه، فإن كان قد مات الولد بعد اللعان، ودفعنا الميراث إلى موالي الأم استرددنا منهم بعد الاستحقاق ما أخذوا؛ لأنه تَبَيَّنَ أنه لم يكن لهم ولاء.

ولو غر بحرية أمةٍ فنكحها وأوردها على ظَنِّ أنها حرة، ثم علم أنها أمةٌ فَأَوْلَدَهَا ولداً آخر، فالولد الأول حر، والثاني رقيق.

فلو أَعْتَقَ السيد الأمة والولد الثاني، ثم [أعتق][1] الأب أنْجَرَّ ولاء الولد الأول إلى معتق الأب، ولم يَنْجَرَّ إليه ولاء الثاني. لأن عليه ولاء المباشرة.

ولو نكحها، وهو يعلم أنها أمةٌ وأولدها ثم عتقت فأولدها ولداً آخر فالثاني حر، وولاؤه لمعتق الأب، والأول مملوك وولاؤه لمُعْتِقِهِ. [والله أعلم][2].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: النَّظَرُ الثَّانِي فِي الحُكْمِ وَحُكْمُ الوَلاَءِ العُصُوبَةُ فَيُفِيدُ المِيرَاثَ وَوِلاَيَةَ التَّزْوِيجِ وَتَحَمُّلَ العَقْلِ وَالوَلاَءَ لِلمُعْتِقِ، فَإِنْ مَاتَ فَمِيرَاثُ العَتِيقِ لِأُولِي عَصَبَاتِهِ يَوْمَ مَوْتِ المُعْتِقِ، وَلَوْ خَلَّفَ ٱبْنَاً وَبِنْتَاً وَأَبَاً وَأُمَّاً فَلاَ مِيرَاثَ لِلبِنْتِ وَالأُمِّ بَلْ لاَ يَثْبُتُ الوَلاَءُ أَصْلاً لاِمْرَأَةٍ إلاَّ إِذَا بَاشَرَتِ العِتْقَ فَلَهَا الوَلاَءُ عَلَيْهِ وَعَلَى أَحْفَادِهِ وَعَتِيقِهِ وَعَتِيقِ عتيقِهِ كَالرَّجُلِ، وَالأَخُ لاَ يُقَاسِمُ الجَدَّ فِي الوَلاَءِ فِي أَحَدِ القَوْلَيْنِ بَلْ هُوَ أَوْلَىٰ، وَٱبْنُ الأَخِ أَيْضاً أَوْلَى مِنَ الجَدِّ عَلَى هَذَا القَوْلِ لِقُوَّةِ البُنُوَّةِ، وَالأَخُ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ مُقَدَّمٌ عَلَى الأَخِ لِلأَبِ فِي أَصَحِّ القَوْلَيْنِ، وَلاَ يُعَادُ بِالأَخِ لِلأَبِ إِنْ رَأَيْنَا المُقَاسَمَةَ بَيْنَ الجَدِّ وَالإِخْوَةِ، وَإِذَا ٱجْتَمَعَ أَبُ المُعْتِقِ وَمُعْتِقُ الأَبِ فَلاَ وَلاَءَ لِمُعْتِقِ الأَبِ أَصْلاً لِأَنَّ عَلَى المَيِّتِ وَلاَءَ المُبَاشَرَةِ فَالمَالُ لِعَصَبَةِ مُعْتِقِهِ وَهُوَ الأَبُ، وَكَذَلِكَ قَدْ يُظَنُّ أَنَّ مُعْتِقَ أَبِ المُعْتِقِ أَوْلَىٰ مِنْ مُعْتِقِ مُعْتِقِ المُعْتِقِ وَهُوَ غَلَطٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد ذكر في أول «الولاء» أن النظر في سببه وحكمه، وقد حصل [الفراغ][3] من النظر في سببه. أما حكمه فالولاء إحدى جهات العصوبة وَمَنْ يَرِثُ به لا يرث إلا [بالعصوبة][4] ويتعلق به ثلاثة أحكام: الميراث وولاية التزويج، وتحمل العقل؛ وقد ذكرناها في مواضعها.

وإذا مات العتيق، ولا وارث له من جهة النَّسَبِ فولاؤه لمعتقه يرث جميع ماله وإن كان له من يرث بالفرضية، وفضل شيء أخذ المعتق ما فضل عن الفرض ثم في الفصل مسائل:

(١) في ز: عتق.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: الضرع.
(٤) في ز: بعصوبة.

إِحْدَاهَا: إن لم يكن المعتق حياً؛ وَرِثَ بولاية أَقْرَبِ عَصَبَاتِهِ وَلاَ يَرِثُ أصحاب فروض المعتق ولا الذين يتعصبون بغيرهم فإن لم يجد للمعتق[١] عصبة من النسب فالميراث لمعتق المعتق فإن لم يبقى فلعصبات معتق المعتق فإن لم يوجد فلمعتق معتق المعتق، لعصباته ولا ميراث لمعتق عصبات المعتق إلا لمعتق أبيه أو جده.

قال الإمام ـ رحمه الله ـ: وهذا بعينه هو الذي ذكرناه في تعدي الولاء يعني إلى الأولاد والأحفاد ومعتقيهم[٢]، وأوضحه بالمثال فقال: زيد أعتق سالماً فولد لسالم ابن اسمه عبد الله فأعتق عبد الله عبداً ومات عبد الله وأبو سالم وبقي معتق أبيه زيد ثم مات عتيق عبد الله ورثه زيد؛ لأنه لما ثبتت له النعمة على سالم أبي عبد الله ورث بولائه، ثم للأصحاب ـ رحمهم الله ـ عبارة ضابطة لمن يرث بولاء المعتق إذا لم يكن المعتق حياً وهي أنه يرث العتيق فولاء المعتق ذكر يكون عصبة للمعتق لو مات المعتق يوم موت العتيق [بصفة][٣] العتيق وخرجوا عليها مسائل:

منها: إذا مات العتيق وللمعتق ابن [و][٤] بنت أو أب وأم أو أخ وأخت فالميراث للذكر في هذه الصورة دون الأنثى، ولا ترث النساء بولاء الغير أصلاً؛ نعم إذا باشرت المرأة الإعتاق أو عتق عليها مملوك ثبت لها الولاء عليه كما للرجل؛ لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق» وروي أن بنت الحمزة أعتقت جارية فماتت الجارية عن بنت وعن المعتقة فجعل النبي ﷺ نصف ميراثها للبنت والنصف للمعتقة وكما يثبت لها الولاء على عتيقها يثبت على أولاده وأحفاده وعتيقه كالرجل، والقول في أن المرأة لا ترث بولاء الغير وترث بولاء المباشرة قد ذكر مرة على الاختصار في «الفرائض» وشرحناه حكماً وتوجيهاً.

ومنها: لو أعتق عبداً ومات عن ابنيه فولاء العتيق[٥] لهما فإن مات أحدهما وخلف ابناً فولاء العتيق لأخيه، وإن كان ميراثه لابنه؛ لأنه لو مات المعتق يوم موت العتيق كان عصبته الابن دون ابن الابن، وهذه الصورة ونحوها معنى ما روي عن عمر وعثمان ـ رضي الله عنهما ـ أن الولاء للكبر والمراد «الكبر في الدرجة والقرب دون السن».

ولو مات المعتق عن ثلاث بنين ومات أحد البنين عن ابن وآخر عن أربعة وآخر عن خمسة فالولاء بينهم بالسوية حتى إذا مات العتيق ورثوه أعشاراً؛ لأنه لو مات المعتق يومئذ ورثوه كذلك لو ظهر للمعتق مال كان ثلثه للابن وثلثه للأربعة وثلثه للخمسة؛ لأن المال انتقل إلى آبائهم ثم من الآباء إليهم، ولو أعتق عبداً ومات عن أخ من الأبوين

---

(١) في أ: المعتق.
(٢) في أ: فهو ومعتقهم.
(٣) في ز: نصفه.
(٤) سقط في: ز.
(٥) في أ: العتق.

وآخر من الأب فماله للأخ من الأبوين وكذا ولاء عتيقه على الأصح فلو مات الأخ من الأبوين وخلف ابناً والأخ الآخر فولاء العتيق للأخ وإن كان ميراثه للابن؛ لأن المعتق لو مات [أولاً][(١)] عن العتيق كان عصبته للأخ من الأب دون ابن الأخ من الأبوين.

ومنها: أعتق مسلم عبداً كافراً ومات عن ابنين ـ مسلم وكافر ـ ثم مات العتيق فميراثه للابن الكافر؛ لأنه الذي يرث المعتق لو مات المعتق [بصفة][(٢)] الكفر. ولو أسلم العتيق، ثم مات فميراثه للابن المسلم ولو أسلم الابن الكافر ثم مات العتيق مسلماً فالميراث بينهما. ذكره في «التهذيب».

المسألة الثانية: الذين يرثون بولاء المعتق[(٣)] من عصباته يترتبون ترتب[(٤)] عصبات النسب إلاَّ في مسائل مذكورة في «الفرائض»:

منها: أخ المعتق وجدّه، إذا اجتمعا يتساويان في أحد القولين ويتقاسمان كما في النسب، ويتقدم الأخ في أصحهما، وإذا قلنا به تقدم ابن الأخ أيضاً، وإن [رأينا][(٥)] المقاسمة فالأخ من الأبوين لا يعاد بالأخ من الأب على الظاهر.

وفيه وجه آخر: ذكرناه في «الفرائض» وإذا راجعت الشرح هناك أعلمت قوله ها هنا «والأخ لا يقاسم» بالحاء والألف وقوله: «لا يعاد» بالواو، ولو قدم قوله: «ولا يعاد بالأخ [من الأب»][(٦)] على مَسْأَلَةِ الأخ من الأبوين، والأخ من الأب لكان أَحْسَنَ؛ لأنه يتعلق بصورة اَلجَدِّ والأخ. ومنها: في أخ المعتق من الأبوين مع أَخِيهِ من الأب طريقان:

أصحهما[(٧)]: تقديم الأخ من الأبوين.

والثاني: أن فيه قولين ـ وهو المذكور في الكتاب، ويجوز إِعْلاَمُ لَفْظِ القولين بالواو، والمسألتان معاً مذكورتان في [الكتاب][(٨)] في «الفرائض» معادتان ها هنا مع زيادات. ومنها حكى الإِمَامُ عن أَبِي حَامِدٍ اَلمَرْوَذِي ـ أنه إذا كان للمعتق ابنا عم أحدهما أخ لأم فالميراث كله للذي هو أخ لأم.

قال: ولم نر هذا إلاَّ له، وهو غَلَطٌ عند المحققين، فإن أخوة الأم لا توجب قوة في النسب، فكيف توجب قوة في الولاء، والوجه الحكم باستوائهما.

وقد أوردنا[(٩)] الصورة في «الفرائض».

---

(١) في ز: بدلاً.
(٢) في ز: نصفه.
(٣) في أ: العتق.
(٤) في ز: ترتيب.
(٥) في ز: رابعاً.
(٦) سقط في: ز.
(٧) في أ: أحدهما.
(٨) في ز: كتاب.
(٩) في أ: ذكرنا.

وإذا تأملت ما أوردناه هناك عَرَفْتَ أن المذهب ما حكاه عن أَبِي حَامِدٍ، وتعجبت مما ساقه الإمام.

الثالثة: الانتساب في الولاء قد يَنْتَظِمُ مِنْ مَحْضِ ٱلإِعْتَاقِ كمعتق المعتق ومعتق معتق المعتق وقد ينتظم من الإعتاق والنسب كمعتق الأب، وأب المعتق، ومعتق أب المعتق، وقد سبق تصوير معتق أب المعتق وأنه وارث في الجملة، وإذا تركت الأسباب؛ فقد يشتبه حكم الولاء، وَيُغَالِطُ بِهِ ٱلْمُغَالِطُ، مثل أن يقول: إذا اجتمع أبو المعتق ومعتق الأب فَأَيُّهُمَا أولى؟

والجواب: أنه إذا كان للميت أبو المعتق كان له معتق [وكان][1] قد مَسَّهُ ٱلرِّقُّ، ولحقه العتق، وحينئذ فلا ولاء لمعتق أبيه أصلاً كما سبق ولا[2] معنى لمقابلة أحدهما بالآخر، وطلب الأولوية، وإذا اجتمع معتق أب المعتق، ومعتق المعتق فمعتق المعتق أولى؛ لأنه يستحق ولاء المعتق بالمباشرة، ومعتق أبيه يستحقه بالسِّرَايَةِ، وولاءُ المباشرة أقوى، ولذلك لا ينجر ولاء المباشرة، وينجر ولاء السِّرَايَةِ.

وإذا اجتمع معتق أب المعتق ومعتق معتق المعتق فقد[3] يظن ظناً غلطاً؛ لأن الأول أولى لا ولاية بالولادة، والصواب أن الثاني أولى؛ لأن المعتق الأخير في النسبة المذكورة انتسب[4] إليه شخصان:

أحدهما: معتق أبيه.

والثاني: معتق معتقه. ومن له معتق معتق، فقد مَسَّهُ ٱلرِّقُّ ويثبت عليه ولاء المباشرة، وهو أقوى. ذَكَرَهُ ٱلإِمَامُ وَغَيْرُهُ ـ رحمهم الله ـ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فُرُوعٌ: الأَوَّلُ إِذَا ٱشْتَرَىٰ أَخٌ وَأُخْتٌ أَبَاهُمَا فَعُتِقَ عَلَيهِمَا ثُمَّ أَعْتَقَ الأَبُ عَبْداً وَلَمْ يُخَلِّف العَتِيقُ إِلاَّ الأَخَ وَالأُخْتَ فَالمَالُ كُلُّهُ لِلأَخِ لِأَنَّهُ عَصَبَةُ المُعْتِقِ وَلاَ شَيْءَ لِلأُخْتِ الَّتِي هِيَ مُعْتِقَةُ المُعْتِقِ بَلْ لَوْ خَلَّفَ ٱبْنَ عَمِّ المُعْتِقِ وَالبِنْتَ لَكَانَ ٱبْنُ العَمِّ أَوْلَى، وَلَوْ مَاتَ هَذَا الأَخُ وَلَمْ يُخَلِّفْ إِلاَّ أُخْتَهُ فَلَهَا ثَلاَثَةُ أَرْبَاعِ مِيرَاثِهِ النِّصْفُ بِالأُخُوَّةِ وَنِصْفُ البَاقِي لِوَلاَئِهَا عَلَى نِصْفِ أَبِيهِ لأَنَّ أَخَاهَا وَلَدُ مُعْتِقِهَا، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَ الأَبُ وَلَمْ يُخَلِّفْ إِلاَّ البِنْتَ فَلَهَا النِّصْفُ بِالبُنُوَّةِ وَنِصْفُ البَاقِي لِوَلاَئِهَا عَلَى نِصْفِ الأَبِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا اشترت المرأة أباها، فعتقَ عَلَيهَا ثم أعتق الأب عبداً، ومات

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: فلا.
(٣) في أ: قد.
(٤) في ز: انتسبت.

عَتِيقُهُ بعد موته؛ نُظِرَ إن لم يكن للأب عصبة من النسب فميراث العتيق للبنت، لا لأنها بنت معتقة، فقد سبق أن بنت المعتق لا ترث، ولكن؛ لأنها معتقة المعتق، وإن كان له عصبة من أخ [أو عم][١] أو ابن عم قريب. أو بعيد، فميراث العتيق له؛ لأنه عصبة المعتق من النسب ولا شيء للبنت؛ لأنها معتقة المعتق ومعتق المعتق يتأخر عن عصبة النسب.

قال ٱلشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: وسمعت بعض الناس يقول: قد أخطأ في هذه المسألة [أربعمائة] قَاضٍ؛ لأنهم رَأَوْهَا أقرب، وهي عصبة له بولائها عليه.

ولو اشترى أخ، وأخت أباهما فعتق عليهما ثم أعتق عبداً، ومات العتيق بعد موت الأب، وَخَلَّفَ الأخ والأخت فميراثه للأخ دون الأخت من جهة أنه عصبة المعتق من النسب، وهي معتقة المعتق، بل لو كان الأخ قد مات قبل موت أبيه، وَخَلَّفَ ابناً، أو ٱبْنَ ٱبْنٍ، أو كان للأب المعتق ابن عم بعيد فهو أولى من البنت.

ولو مات هذا الأخ بعد[٢] موت الأب، ولم يخلف إلاَّ أُخْتَهُ، فلها نصف الميراث بالأخوة، ونصف الباقي؛ لأن لها نصف ولاء الأخ؛ لإعتاقها نصف الأب فَيَسْتَرْسِلُ الولاء على أولاده ويكون لها نصف ولاء الأخ، وللأخ نصف ولائها، فيجمع لها ثلاثة أرباع الميراث النصف بالأخوة والربع بأنها مُعْتِقَةُ نصف الأب. ولو مات الأب ثم مات الابن، ثم مات العتيق، ولم يُخَلِّفْ إلاَّ البنت؛ فلها ثلاثة أرباع الميراث أيضاً النصف؛ لأنها مُعْتِقَةُ نِصْفِ ٱلمعتق ونصف الباقي لثبوت ولاء ٱلسِّرَايَةِ على نصف الأخ، بإعتاقها نصف أبيه فهي معتقة نصف أبي معتق معتقة وَٱلرُّبُعُ الباقي في هذه الصورة والتي قبلها لبيت المال.

وأما قوله في الكتاب: «وكذلك إن مات الأب، ولم يُخَلِّفْ إلاَّ البنت فلها النصف بالبنوة، ونصف الباقي لولائها على نصف الأب» فهذه الصورة لا ذكر لها في «ٱلْوَسِيطِ وَلم أرها في «النهاية» أيضاً، والمفهوم مما ساقه انحصار حَقِّهَا في النصف، والربع، ولكن كلام الأصحاب منهم ٱلشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وَأَبُو خَلَفٍ ٱلسُّلَمِيُّ في فرع آخر: ينازع [في][٣] ذلك، وذلك أنهم قالوا: لو [اشترت][٤] أختان أَبَاهما بِالسَّوِيَّةِ فعتق[٥] عليهما ثم مات الأب فلهما الثلثان، والباقي بالولاء لو ماتت إحداهما بعد موت الأب، وَخَلَّفَ ٱلأُخْرَىٰ فلها النصف بالأخوة والنصف الباقي لولائها على نصف الأخت بإعتاقها [نصف][٦] أبيها أَمَّا الربع الباقي فقد أطلق في «ٱلتَّهْذِيبِ» أنه لبيت المال، وليحمل ذلك

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في أ: قبل.
(٣) سقط في: ز.
(٤) سقط في: ز.
(٥) في أ: معتق.
(٦) في ز: النصف.

على ما إذا كانت أمهما حرة أصلية، فأما إذا كانت معتقة فلموالي الأم ولاء الأختين[١] بإعتاق الأم، فإذا أَعْتَقْنَا الأب، جَرَتْ كل واحدة منهما نصف ولاء أختها إلى نفسها. وَهَلْ تَجُرُّ ولاء نفسها، ويسقط أو يبقى لموالي الأم؟. فيه خلاف قد تقدم، فإن قلنا: يبقى لموالي الأم، وهو الظاهر فَالرُّبْعُ الباقي يكون لموالي الأم، وإن قُلْنَا: يجر ويسقط فهو لبيت المال، ولو ماتت إحدى الأختين ثم مات الأب وخلف الأخرى، فلها سبعة أثمان ماله النصف بِالْبُنُوَّةِ وهو أربعة من ثمانية ونصف الباقي، وهو سهمان؛ لأنها معتقة نصفه ونصف الربع الباقي، وهو سهم؛ لأن الربع الباقي كان للأخت الأخرى لو كانت باقية لولائها على نصف الأب، فإذا كانت ميتة أخذت هذه نصفه؛ لأن لها نصف ولاء الأخت بإعتاقها نصف أبيها، وأما الثمن الباقي إذا كانت أمهما معتقة فهو لموالي الأم على الأظهر؛ لأن نصف ولاء الميتة يبقى لهم وَإن قلنا: لا يبقى؛ فَهُوَ لبيت المال.

وصورة الكتاب مثل هذه الصورة ولو اشترتا الأب، وعتق عليهما، ثم أنه أَعْتَقَ عبداً ومات العتيق بعد موته، وَخَلَّفَ البنتين؛ فجميع المال لهما بالولاء لا لأنهما بِنْتَا مُعْتِقِهِ، لكن لأنهما معتقتا[٢] معتقة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أُخْتَانِ خُلِقَتَا حُرَّتَيْنِ اشْتَرَتْ إِحْدَاهُمَا أَبَاهُمَا وَالأُخْرَى أُمَّهُمَا فَكُلُّ وَاحِدَةٍ مَوْلاَةُ صَاحِبَتِهَا لِأَنَّ وَلاَءَ الأُمِّ لَمْ يُمْكِنِ انْجِرَارُهُ إِلَى مُشْتَرِيَةِ الأَبِ إِذْ لاَ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مَوْلَىٰ نَفْسِهِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَنْجَرُّ وَيَسْقُطُ وَلاَءَ عَلَى مُشْتَرِيَةِ الأَبِ لمشْتَرِيَةِ الأُمِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أخوان أو أختان ليس عليهما ولاء مباشرة ـ وإليه أشار في الكتاب بقوله: «خُلِقَتَا حُرَّتَيْنِ»، وأبواهما مملوكان اشترت إحداهما [أباهما][٣] فعتق عليها والأخرى أمهما فعتقت عليها. وَتَصَوُّرُ المسألة: فيما إذا كانوا جميعاً كُفَّاراً فخرج إليه الولدان مسلمين، ثم اسْتَرْقَقْنَا الوالدين وفيما إذا غَرَّ عَبْدٌ بِحُرِّيَّةِ أمة: فنكحها وَأَوْلَدَهَا على ظن الحرية ولدين، وإذا عرف ذلك، فولاء الأب للتي اشترته، فإذا مات عنهما فَلَهُمَا الثلثان بِالْبُنُوَّةِ والباقي لها بالولاء، وولاء الأم لِلَّتِي اشترتها، فإذا ماتت عنهما فلها الثلثان، والباقي لها بالولاء، أما الأختان فلمشترية الأب الولاء على مشترية الأم تبعاً للولاء على الأب، فإذا ماتت مشترية الأم وخلفت مشترية الأب، فلها النصف بالأخوة، والباقي بالولاء، وهل لمُشْتَرِيَةِ الأُمِّ الولاء على مُشْتَرِيَةِ الأَبِ؛ يُبْنَىٰ ذلك على أَنَّ مَنْ عليه الولاء لمعتق أمه إذا اشترى أباه، فعتق عليه فَهَلْ يبقى الولاء عليه لمعتق الأم؟ أو يجر ولاء نفسه ويسقط وفيه خِلاَفٌ قَدَّمْنَاهُ.

---

(١) في أ: الآخر.
(٢) في أ: معتقاً.
(٣) في ز: أباها.

وقوله في الكتاب: «لأن ولاء الأم لم يمكن انجراره إلى مشترية الأب» أراد به الوجه الأظهر من ذلك الخلاف، ووجه بأنه لو انجر لصار هو مولى نفسه، ولا يمكن أن يكون الإنسان[١] مولى نفسه. وقوله: «وقيل إنه يَنْجَرُّ ويسقط»، وهو الوجه المنسوب إلى ٱبْنِ سُرَيْجٍ، وتخريجه. وقد ذكرناهما من قبل.

فإن[٢] قلنا: يبقى الولاء لمعتق الأم فَلِمُشْتَرِيَة الأم الولاء أيضاً على مُشْتَرِيَةِ الأب، وإذا ماتت فالحكم كما ذكرنا في الطرف الأول.

وإن قلنا: لا يبقى فلا ولاء لها على مُشْتَرِيَةِ الأب، وإذا ماتت فلها النصف بالأخوة، والباقي لبيت المال، فلو اشترت الأختان أَبَاهُمَا ثم اشترت إحداهما مع الأب أب الأب، وعتقَ عليها ثم مات الابن فَلِلْبِنْتَيْنِ الثلثان، وللأب السُّدُسُ بِٱلْفَرْضِيِّ، والباقي بِعُصُوبَةِ ٱلنَّسَبِ فإن مات ٱلجَدُّ بعد موت الأب، فَلِبِنْتَي ٱلاَبْنِ الثلثان بالبنوة، والباقي وهو الثلث نصفه للتي اشترته مع الأب؛ لإعتاقها نصفه ونصفه الآخر بينهما لإعتاقهما معتق نصفه. ولو ماتت إحداهما بعد ذلك وخلفت الأخرى فعلى ما سبق.

ولو اشترت الأختان أمهما، ثم اشترت الأم أَبَاهُمَا وَأَعْتَقَتْهُ فَلِلأُخْتَيْنِ الولاء على الأم بالمباشرة، وللأم الولاء على أبيهما بالمباشرة وعليهما؛ لأنها مُعْتِقَةُ أبيهما، فإن ماتت الأم؛ فلها الثلثان بالبنوة، والباقي بالولاء، فإن مات الأب بعد ذلك فلهما الثلثان بِٱلْبُنُوَّةِ والباقي بالولاء؛ لأنهما مُعْتِقَتَا مُعْتَقِهِ[٣] والنساء يَرِثْنَ من أعتق، وممن أعتقه من أعتق [فإن][٤] ماتت إحدى الأختين بعد ذلك، وَخَلَّفَتِ ٱلأُخْرَى؛ فلها النصف بالأخوة ونصف ما بقي لإعتاقها نصف معتقة أبيها، والباقي لبيت المال.

ولو اشترت الأختان أَبَاهُمَا؛ ثم اشترت إحداهما مع الأب أخاً لها من الأب فعتق نصفه على الأب، وهو مُعْسِرٌ وأَعْتَقَتِ ٱلْمُشْتَرِيَةُ النصف الآخر.

قَالَ أَبُو خَلَفٍ ٱلسُّلَمِيُّ: إن مات الأب فماله لأبيه وبنتيه: للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن مات الأخ بعد ذلك فَلأُخْتَيْهِ الثلثان، والباقي نصفه للأخت ٱلمُشْتَرِيَةِ لإعتاقها نصفه ونصفه الآخر حِصَّةُ الأب لو كان حياً، فيكون بعد موته لابنتيه لأنهما معتقتاه فتكون القسمة من ٱثْنَيْ عَشَرَ لمشترية الأخ منها سبعة؛ وللأخرى خمسة.

ولو ماتت التي لم تشتر الأخ أولاً، ثم مات الأب، ثم مات الأخ فمال التي ماتت أولاً لأبيها، ومال الأب لابنه وبنته أثلاثاً، ومال الأخ[٥] نصفه لأخته بِٱلنَّسَبِ ولها[٦]

---

(١) في أ: وهو.
(٢) في أ: وإن.
(٣) في أ: معتقاً معتقة.
(٤) في ز: وإن.
(٥) في أ: الأخت.
(٦) في أ: ولهما.

نصف الباقي بإعتاقها نصفه والباقي وهو الربع حصة الأب لو كان حياً فيكون لبنته؛ لأنهما معتقتاه وإحداهما ميتة فللباقية حِصَّتُهَا وَحِصَّةُ الميتة تكون لمواليها، ومواليها الأخت الباقية وموالي الأم فيجعل بينهما بِٱلسَّوِيَّةِ، هذا مفروض فيما إذا كانت معتقة وإلاَّ فهو لبيت المال. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثُ: اَشْتَرَتْ أُخْتَانِ أُمَّهُمَا ثُمَّ شَارَكَتِ الأُمُّ أَجْنَبِيّاً فِي شِرَاءِ أَبِيهِمَا فَإِذَا مَاتَتْ إِحْدَى الأُخْتَيْنِ وَلَمْ تُخَلِّفْ إِلاَّ الأُخْتَ الأُخْرَىٰ فَالنِّصْفُ لَهَا بِالأُخُوَّةِ وَالبَاقِي لِلأَجْنَبِيِّ وَالأُمُّ فَإِنَّهُمَا مُعْتِقَا أَبِيهِمَا لَكِنَّ الأُمَّ مَيِّتَةٌ فَيَرْجِعُ نَصِيبُهَا إِلَى الأُخْتَيْنِ لِأَنَّهُمَا أَعْتَقَاهَا لَكِنَّ إِحْدَاهُمَا مَيِّتَةٌ وَحَصَلَ لهَا الثُّمُنُ فَيَرْجِعُ إِلَى الأَجْنَبِيِّ وَأُمِّهَا وَمِنَ الأُمِّ إِلَى المَيِّتَةِ وَالحَيَّةِ وَيَدُورُ وَلاَ يَنْقَطِعُ فَالصَّوَابُ أَنْ يُقَسَّم المَالُ مِنْ سِتَّة فَيَكُونَ لَهَا النِّصْفُ بِالأُخُوَّةِ وَالبَاقِي ثَلاثَةٌ يُقَسَّمُ عَلَيْهَا وَعَلَى الأَجْنَبِيِّ أَثْلاثاً لِلأَجْنَبِيِّ سَهْمَانِ وَلَهَا سَهْمٌ فَتَتَحَصَّلُ هِيَ عَلَى أَرْبَعَةٍ لِأَنَّ الثُّمُنَ الدَّائِرَ كُلَّمَا رَجَعَ إِلَى المَيِّتَةِ يَحْصُلُ لِلأَجْنَبِيِّ ضِعْفُ مَا حَصَلَ لِلأُخْتِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أختان لا ولاء عليهما اشترتا أمهما فعتقت عليهما ثم إن الأم شاركت أجنبياً في شراء أبي الأختين وإِعْتَاقِهِ، فللأختين الولاء على أُمهما وللأم والأجنبي الولاء على الأب، وعلى الأختين؛ لأنهما معتقتا[1] أبيهما، ولكل[2] واحد منهما نصف ولاء كل واحدة منهما، ثم الكلام في صور:

إحداها: إذا ماتت الأم ثم الأب ثم إحدى الأختين. أما الأم: فثلثا مالها للأختين بالبنوة، والباقي لهما بالولاء، وأما الأب فثلثا ماله لهما أيضاً بالبنوة، وما بقي فللأجنبي نصفه؛ لأنه أعتق نصفه، والنصف الآخر وهو الربع لأجنبي لأنه أعتق نصف أبيهما والربع الباقي كان للأم لو كانت حية؛ لأنها معتقة النصف الآخر فإذا كانت ميتة فنصيبها للأختين؛ لأنهما معتقاها فتأخذ الأخت الباقية نصفه وهو الثمن ويرجع الثمن الذي هو حِصَّةُ الميتة إلى من له ولاؤها، وهو الأجنبي والأم وما للأُمِّ يرجع إلى ٱلحَيَّةِ والميتة، وَحِصَّةُ الميتة إلى الأجنبي والأم، وهكذا يدور ولا يَنْقَطِعُ ولذلك سُمِّيَ سهم الدور وفيما يفعل به وجهان:

قَالَ ٱبْنُ ٱلحَدَّادِ: يجعل في بيت المال؛ لأنه لا يمكن صرفه بالنسب ولا بالولاء.

والثاني: حكاه ٱلشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ عن بعض الأصحاب وحكاه الإمام عن الشيخ ـ رحمهم الله ـ: أنه يُقْطَعُ ٱلسَّهْمُ ٱلدَّائِرُ وهو ٱلثُّمُنُ ويجعل كأنه لم يكن ويقسم المال على باقي السهام وهو سبعة خمسة منها للأخت الباقية وسهمان للأجنبي، وزيف الإمام

---

(١) في أ: معتقاً. (٢) في أ: فكل.

الوجهين[١] بأن الولاء ثابت ونسبة الدور معلومة فيجب تنزيل السهم الدائر، وقسمته على تلك النسبة.

والوجه الثاني: أَنَّ ضَمَّ ما تَسْتَحِقُّهُ الأخت بالنسب إلى حساب الولاء وفض ما يؤخذ بالولاء على ما يؤخذ بالنسب لا معنى له، ولا سبيل إليه ثم قال: الوجه أن يفرد النصف، ولا يدخله في حساب الولاء وينظر في النصف المستحق بالولاء فيجد نصفه للأجنبي ونصفه للأم وما للأم يصير للأختين ثم نصيب كل واحدة منهما يرجع نصفه إلى الأجنبي، ونصف إلى ٱلأُمِّ ومنها إلى الأختين فَتَبَيَّنَ من ذلك أن للأجنبي ضعف ما للأخت الواحدة؛ لأنه مثل ما للأم وما للأم ينتصف بين الأختين، فإذن المال بين الأجنبي[٢] وبين الأخت بِٱلأَثْلاَثِ فيحتاج إلى عدد له نصف ولنصفه ثلث وأقله ستة فنصرف نصف الستة إلى الأخت بالنسب يبقى ثلاثة ـ سهمان منها للأجنبي، وسهم للأخت فجملة مالها أربعة من ستة. وهذا ما أَوْرَدَهُ صاحب الكتاب، ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: «أن يقسم المال من ستة» بالواو؛ للوجهين السابقين على أن أَبَا خَلَفٍ ٱلطَّبْرِيَّ قال: أكثر أصحاب الشَّافِعِيِّ ـ رضي الله عنه ـ على أن سَهْم الدور لبيت المال كما ذكره ابْنُ ٱلحَدَّادِ وإلى [ترجيحه][٣] يميل كلام ٱبْنُ ٱللَّبَّانِ.

[الصورة][٤] الثانية: إذا ماتت إحدى الأختين أولاً ثم ماتت الأم فمال الأخت لأبويهما للأم منه الثلث، وما بقي فللأب، وأما الأم فنصف ميراثها للبنت بالبنوة، ولها نصف النصف الباقي لإِعْتَاقِهَا نصف الأم ونصفه الباقي للأب؛ لأنه عصبة معتقة النصف الآخر من النسب، ولا دور قال ٱلشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وفي مثل هذه المسائل لا ترث بالزوجية إلاَّ أن يشترط السائل في السؤال بقاء الزوجية.

الثالثة: مات ٱلأَبُ أولاً، ثم إحدى الأختين، ثم الأم فأما الأب فثلثا ماله لِلْبِنْتَيْنِ بالبنوة، والباقي للأم، والأجنبي بولائهما عليه وأما الأخت فللأم من مالها الثلث، وللأخت النصف، والباقي بين الأم والأجنبي؛ لأنهما معتقا أبيهما، وأما الأم فنصف مالها للبنت الباقية بالبنوة، ولها من النصف الباقي النصف؛ لأنها أَعْتَقَتْ نِصْفَهَا ونصفه الباقي حصة البنت الأخرى، وكانت ناجزة لو كانت حية، وإذا كانت ميتة فهو لموليتها الأم، والأجنبي، لكن الأم ميتة فيأخذ الأجنبي نصفه وهو الثمن ويرجع الثمن إلى الأختين؛ لإعتاقهما الأم، وهذا سهم الدور، وفيه الخلاف الذي تبين، وذكر ٱبْنُ ٱلحَدَّادِ في هذه الصورة أن البنت بعدما أخذت نصف مال الأم بالنسب والربع بالولاء وأخذ

---

(١) في أ: الوجه الأول.
(٢) في أ: الأجنبية.
(٣) في ز: ترجحه.
(٤) سقط في: ز.

الأجنبي الثمن يأخذ من الثمن الباقي نصفه أيضاً، ويكون الباقي لبيت المال.

قال ٱلْقَفَّالُ وغيره ـ رحمهم الله ـ: وهذا غَلَطٌ فإن الثمن هو السَّهم الدائر، ولو جاز أن يعطي البنت منه شيئاً لأعطى الأجنبي مرة أخرى، وأيضاً فإنه طرح في هذه الصورة الأولى سهم الدور بتمامه، وجعله لبيت المال فليكن كذلك ها هنا.

الرابعة: ماتت البنتان أولاً مالهما لأبيهما كما ذكرنا، فإن مات الأب بَعْدَهُمَا فماله للأم والأجنبي بالولاء، فإن ماتت الأم بعد ذلك فنصف مالها للأجنبي؛ لأنه معتق نصف أبي معتقها، والباقي لبيت المال.

مثال آخر للدور: بنتان من معتقتين اشترتا أباهما فعتق عليهما فإن قلنا أن معتق الأب لا يجر ولاء نفسه من معتق الأم، وهو الأظهر فيبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لموالي أمها، ويثبت لكل واحدة منهما نصف ولاء الأب ونصف ولاء الأخرى؛ لأنها معتقة أبيهَا فإذا مات الأب فلهما ثلثا ماله بالبنوة، والباقي بالولاء فإن ماتت الكبرى بعده فنصف مالها لأختها بالأخوة، ولها نصف الباقي، وهو الربع؛ لأنها معتقة أبيها، والباقي لموالي أم الكبرى، فإن ماتت الصغرى بعد ذلك فنصف مالها لموالي أمها والنصف الآخر حِصَّةُ ٱلْكُبْرَىٰ، وهي ميتة فيكون لمن له ولاؤها وولاؤها لموالي أمها وللصغرى فيأخذ موالي أمها نصفه، وهو الربع ويبقى الربع الباقي وهو سهم الدور وفيه ما سبق من الخلاف، وإن ماتت البنتان أولاً ثم مات الأب فيقسم ماله على ثمانية أسهم لكل بنت أربعة فنصف نصيب الكبرى لموالي أمها؛ لأن لهم نصف الولاء عليها ونصفه للصغرى وهو ستة[1] فيكون نصفه، وهو الربع لموالي أمها ونصفه يرجع إلى الكبرى وهو سهم الدور ونصيب الصغرى يقسم هكذا أيضاً، فإن جُعِلَ سهم الدور لبيت المال؛ حَصَلَ لموالي كل واحدة منها ثلاثة[2] أثمان مال الأب ولبيت المال ثمناه.

وَٱعْلَمْ أَنَّ ٱلْفَرَضِيِّينَ ضَبَطُوا موضع حصول الدور فقالوا: إنما يحصل الدور[3] في المسألة إذا وجدت ثلاثة شروط:

أن يكون للمعتق ابنين فصاعداً.

وأن يكون قد مات منهم ابنان فصاعداً.

وألا يكون الباقي منهم حائزاً لمال الميت.

فإن ٱخْتَلَّ أحد هذه الشروط فلا دور.

(١) في ز: وهي ميتة.

(٢) في أ: ثمانية.

(٣) في أ: دور الولاء.

ونختم الكتاب بفصل يشتمل على فروع من الولاء وغيره.

يجوز أن يفرض شخصان كل واحد منهما مولى صاحبه من أعلى ومن أسفل، كما إذا أعتق عبداً فَأَعْتَقَ ٱلْعَتِيقُ أَبَا المعتق الأول، وكما إذا أَعْتَقَ كَافِرٌ كافراً ثم استرق المعتق، وأسلم العتيق فملكه وأعتقه.

أختان لأب وأم أعتقهما إنسان فَٱشْتَرَتَا أَبَاهُمَا، وعتق عليهما فلكل واحدة منهما نصف ولاء أبيها ولا ولاء لواحدة منهما على الأخرى؛ لأن على كل واحدة منهما ولاء المباشرة، فإذا مَاتَتْ إحداهما فللأخرى نصف مالها بالأخوة، والباقي لمعتقها بالولاء.

أعتق [أب](١) وابن عبداً ومات الأب عن ابنين أحدهما المشتري ثم مات العتيق فنصف ماله للابن المشتري، والباقي بينهما؛ لأنهما عصبتا معتق النصف، ولو مات الأب كما صورنا ثم مات الابن المشتري عن ابن ثم مات العتيق فنصف المال لولد الابن المشتري بولاء أبيه، ونصفه لعمه بولاء أبيه ولا شيء للحافد بولاء الجَدِّ.

اشترت أختان لا ولاء عليهما أباهما فعتق عليهما ثم اشترت إِحْدَاهُمَا أُمَّهُمَا فعتقت عليها فلكل واحدة نصف ولاء الأب ونصف ولاء الأخرى تبعاً لولاء الأب، ولمعتقة الأم الولاء على الأم، وعلى نصف الأخت الأخرى بتبعية ولاء الأم، هذا هو ٱلأَظْهَرُ وعلى قول ٱبْنِ سُرَيْجٍ لا ولاء لمعتق الأم على مَنْ أبوه حر، فلا يثبت لمعتقة الأم ولاء النصف الآخر من الأخت، فلو مَاتَ الأب ثم ماتت التي لم تعتق الأم فمال الأب للبنتين ثلثاه بالبنوة والباقي بالولاء، والتي لم تعتق ٱلأُمَّ ثلث مالها للأم، ونصفه للأخت بالأخوة ونصف السُّدُسِ الباقي بولائها على نصفها؛ لإعتاق الأب ولها نصفه الآخر على الأظهر بولائها على نصفه الآخر لإعتاق الأم.

وعلى قول ٱبْنِ سُرَيْجٍ: نصف السُّدُسِ الآخر لبيت المال، فإن ماتت الأم بعد ذلك فللبنت الباقية النصف بالبنوة والباقي بالولاء فإنها التي أعتقها.

ولو ماتت التي أعتقت الأم بعد موت الأب فللأم الثلث وللأخت النصف بالنسب، ونصف السدس الباقي لِإِعْتَاقِهَا نصف أبيها، والباقي لبيت المال فإن ماتت الأم بعدها فللبنت الباقية النصف بالبنوة ونصف الباقي بالولاء؛ لأنها معتقة نصف أبي معتقة [الأم](٢)، والربع الباقي لبيت المال.

نَكَحَ عَبْدٌ حُرَّةً أَصْلِيَّةً وأخرى مُعْتَقَةً فأتت المعتقة بولد، ومات فَثُلُثُ ميراثه للأم، والباقي لمواليها لولائهم عليه، فإن أتت الأصلية بعد ذلك بابن لأقل من ستة أشهر من

---

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

يوم موته ٱسْتَرَدَّ ما أخذه الموالي ودفع إليهم؛ لأن عصبة النسب تَتَقَدَّمُ على عصبة الولاء، وإن أتت به لستة أشهر وأكثر فلا يُسْتَرَدُّ؛ لاحتمال حدوثه بعد ذلك، وَلْيَجِيءْ فيه التفصيل السابق في ٱفْتِرَاشِ ٱلزَّوْجِ وَعَدَمِهِ.

في «فتاوى ٱلقَفَّالِ»: أن المُكَاتِبَ إذا اشترى نِصْفَ أبيه فعتق بعتقه كما يكاتب[١] عليه ما دام مكاتباً، وإذا عتق فلا يقوم عليه الباقي؛ لأنه يقصد بأداء النجوم عتق نفسه وعتق الأب يحصل تبعاً بغير قصده واختياره.

وأنه إذا قال لِمُكَاتِبِ ٱلعَبْدِ: أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَنِّي على كذا وهو مستأجر فأعتقه يجوز قولاً واحداً بخلاف البيع لقوة العتق[٢] وكذا يجوز في العبد المغصوب، والغائب إذا علم حياته.

في «فتاوى ٱلقَاضِي ٱلحُسَيْنِ»: أنه إذا قال لجاريته: [جان يدر][٣] لا يعتق ولو قال لعبده شهره [آزادمردى][٤] يعتق.

وَأَنَّهُ إذا ٱدَّعَىٰ عبد على سيده العتق عند الحاكم وَحَلَّفَهُ فلما أتم يمينه قال على وجه ٱلسُّخْرِيَةِ: قم يَا حُرُّ. أو قال: [ازاد شوى][٥] خُيِّرَ يحكم عليه بالحرية؛ لما رُوِيَ أنه ﷺ قال: «ثَلاَثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ. . .»[٦] وَعَدَّ منها ٱلْعِتَاقَ.

وَيُحْكَىٰ أنه جَرَى ذلك في مجلس ٱبْنِ أَبِي لَيْلَىٰ فحكم بالعتاق فأنهى إلى جَعْفَرٍ ٱلصَّادِقِ ـ رضي الله عنه ـ فقال: لا يعتق؛ لأن المقصود سلب الحرية؛ لقوله تعالى: ﴿ذُقْ إِنَّكَ أَنتَ العَزِيزُ الكَرِيمُ﴾ [الدخان ـ ٤٩] وأنه إذا كانت جاريته حاملاً، والحملُ مُضْغَةٌ فقال: أعتقت مضغة هذه الجارية كان لغواً؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَ ما لم تنفخ فيه الروح لا يصح، ولو قال: حمل هذه الجارية حُرٌّ فهو إقرار بأن الولد ٱنْعَقَدَ حراً وتصير الأم به أم ولد.

ولو أنه[٧] لو قال لعبده: إذا أخذك مُتَغَلِّبٌ فَقُلْ: أَنَا حُرٌّ أَو قال بالفارسية [الرازاز كماتان بگير ند توگو من آزادم][٨] لا يُعْتَقُ بهذا وَهُوَ كَذِبٌ. وكان القاضي يلقن عبيده ذلك.

---

(١) في ز: يتكاتب.
(٢) في أ: المعتق.
(٣) جملة فارسية معناها: روح الوالد.
(٤) جملة فارسية معناها: رجل حر.
(٥) جملة فارسية معناها: تصير حراً.
(٦) الحديث تقدم في الطلاق، وأن لفظ العتاق لا يصح.
(٧) في ز: وأنه.
(٨) جملة فارسية معناها: إذا ما أمسك بك التركمان فكل: إني حر.

وكذا لو قال: [من زانام آزادان نصادم][1] لا يعتق.

وأنه لو قال لعبده: أَعْتَقَكَ ٱللَّهُ أو ٱللَّهُ أَعْتَقَكَ فقد قيل يفرق بين اللفظين؛ لأن الأول دعاء والثاني إخبار.

قال ٱلقَاضِي: وعندي لا يعتق في الموضعين.

وعن العبادي: أنه يعتق في الموضعين.

في «الزيادات» لِأَبِي عَاصِمٍ ٱلعَبَّادِيِّ: أنه إذا قال: من بشرني من عبيدي بقدوم فلان فهو حر، فبعث عَبْدٌ مِنْ عَبِيدِهِ عبداً آخر ليبشره بذلك فجاء وقال: عبدك فلان يبشرك بقدومه، وأخبرني لأخبرك فالمبشر هو ٱلمُرْسِلُ دون ٱلرَّسُولِ.

وأنه إذا قال: إِنِ ٱشْتَرَيْتُ عبدين في صفقة فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أعتقهما. فاشترى ثلاثة، وجب إعتاق اثنين؛ لوجود الصِّفَةِ.

إذا ولدت المزني بها ولداً فملكه الزاني؛ لم يعتق عليه كما لا يثبت نسبه وعند أَبِي حَنِيفَةَ يُعْتَقُ رأيت بخط القاضي أَبِي ٱلمحَاسِنِ ٱلرُّويَانِيِّ في فروع حَكَاهَا عن والده وغيره من الأئمة [رحمهم الله][2] أنه إذا قال لعبده: أنت حر مثل هذا العبد، وأشار إلى عبد آخر يحتمل ألا تحصل الحرية لأن حرية البدن غَيْرُ ثابتة في المشبه به، فيحتمل على حرية الخلق. وأنه لو[3] قال: أنت حر مثل هذا، ولم يقل هذا العبد فيحتمل أن يُعْتَقَا والأوضح أنهما لا يعتقان.

وأنه لو قال لآخر: أنت تعلم أن العبد الذي في يَدِيْ حر حكم بعتقه.

ولو قال يظن أنه حر لم يحكم بعتقه لأنه لو لم يكن حراً لم يكن القول له عالماً بحريته، وقد اعترف السيد بعلمه وصورة الظن بخلافه.

ولو قال: ترى أنه حر، احتمل ألا يقع واحتمل أن تحمل [الرؤية][4] على العلم، ويقع. أنه لو ضرب عبد غيره فقال صاحب العبد للضارب: عبد غيري حر مثلك لا يحكم بحريته؛ لأنه لم يعين عبده.

وأنه إذا أعتق بعض مملوكه يسري إلى الباقي إذا كان قابلاً للعتق، إلاَّ في مسألة ذكرها بعض الأصحاب وهي: أنه إذا وَكَّلَ إنساناً بإعتاق عبده، فأعتق الوكيل نِصْفَهُ ففي حصول العتق في النصف وَجْهَانِ، وبالحصول قال أَبُو حَنِيفَةَ: وعلى هذا ففي عتق

---

(١) جملة فارسية معناها: لقد أطلقت عليك اسم الأحرار.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: إذا.

(٤) في ز: الرواية.

النصف الباقي[١] وجهان:

أَضْعَفُهُمَا: أنه يعتق ـ وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ ـ إلاَّ أنه قال: يُسْتَسْعَىٰ في الباقي.

في «جَمْع ٱلجَوَامِع» لِلْقَاضِي [الروياني][٢]: أنه لو كان بين شريكين عَبْدٌ فجاء أجنبي وقال لأحدهما: أَعْتِقْ نصيبك عني بكذا. فأعتقه عنه؛ فولاؤه [للآمر][٣]، ويقوم نصيب الشريك على ٱلمُعْتِقِ دون [الآمر][٤]؛ لأنه أعتقه لغرض نفسه، وهو ٱلعِوَضُ الذي يحصل له، وَأَنَّهُ لو قال أحد الشريكين للآخر: أُعْتِقْ نصيبك عني بكذا. فأعتقه عنه، فَوَلاَؤُهُ للآمِرِ، ويقوم نصيب الآمر على المعتق حكاه عن ٱلْقَاضِي ٱلطَّبْرِيِّ ـ وَٱللَّهُ أَعْلَمُ ـ.

---

(١) في ز: الثاني.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: للأمام.

(٤) في ز: الأم.

كِتَابُ التَّدْبِيرِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالنَّظَرُ فِي أَرْكَانِهِ وَأَحْكَامِهِ أَمَّا الأَرْكَانُ فَهُوَ اللَّفْظُ وَالأَهْلُ أَمَّا اللَّفْظُ فَصَرِيحُهُ قَوْلُهُ: دَبَّرْتُكَ وَأَنْتَ مُدَبَّرٌ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، وَقِيلَ: إِنَّ لَفظَ التَّدْبِيرِ كِنَايَةٌ، وَالتَّدْبِيرُ المُقَيَّدُ كَالمُطْلَقِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ قُتِلْتُ أَوْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِيَوْمٍ فَيُعْتَقُ بَعْدَ مَوْتِهِ بِيَوْمٍ وَلاَ يُحْتَاجُ إِلَى الإِنْشَاءِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ مُدبَّرٌ فَلاَ يَصِيرُ مُدبَّراً مَا لَمْ يَدْخُلِ الدَّارَ، وَلَوْ قَالَ شَرِيكَانِ: إِذَا مِتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ فَلاَ يُعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا حَتَّى يَمُوتَ الآخَرُ لَكِنْ لَيْسَ لِلوَارِثِ بَيْعُهُ حَتَّى يَمُوتَ الشَّرِيكُ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ فَإِنَّهُ لاَ يَبِيعُهُ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَيْسَ لِلوَارِثِ إِبْطَالُ تَعْلِيقِ المَيِّتِ كَمَا لَيْسَ لَهُ إِبْطَالُ عَارِيَتِهِ المُضَافَةِ إِلَى مَا بَعْدَ المَوْتِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: رُوِيَ عن جَابِرٍ ـ رضي الله عنه ـ أن رَجُلاً دَبَّرَ غُلاَماً له لَيْسَ له مَالٌ غَيْرُهُ ـ فقال النبي ﷺ ـ: «مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّي؟» فاشتراه نعيم بْنُ النَّحَّام(1).

التَّدْبِيرُ: تعليق العِتْقِ بِدَبْرِ الحَيَاةِ، ومن لفظه: الدُّبُرُ، سُمِّيَ تَدْبِيراً. وقيل: سُمِّيَ تدبيراً؛ لأنه دَبَّرَ أَمْرَ دُنْيَاهُ باسْتِخْدَامِهِ واسْتِرْقَاقِهِ وأَمْرَ آخِرَتِهِ بِإِعْتَاقِهِ، وهذا مَرْدُودٌ إلى الأول أيضاً؛ لأن التدبير في الأَمْرِ مأخوذ من لفظ الدُّبُرِ أيضاً؛ لأنه نَظَرٌ في عَوَاقِبِ الأمر وأَدْبَارِهِ وفي الكتاب نَظَرَان:

أحدهما: في أركان التَّدْبِيرِ.

والثاني: في أحكامه.

---

(1) وفي رواية: أن رجلاً من الأنصار أعتق عبداً له عن دبر منه، لا مال له غيره، وعليه دين، فبلغ ذلك النبي ﷺ، فباعه، وقضى الدين منه، ودفع الفضل إليه، أما الرواية الأولى عن البخاري [٢١٤١ ـ ٢٢٣٠ ـ ٢٣٢١ ـ ٢٤٠٣ ـ ٢٤١٥ ـ ٢٥٣٤ ـ ٦٧١٦ ـ ٦٩٤٧ ـ ٧١٨٦ ـ]، مسلم ٩٩٧] من طرق، ورواه الأربعة وابن حبان والبيهقي من طرق كثيرة بألفاظ متنوعة، وأما الرواية الأخرى فلم أرها في شيء من طرقه، نعم في النسائي، أن النبي ﷺ لما دفع ثمنه إليه، فقال: اقض دينك.

أما الأركان: فهي: الصِّيغَةُ والأَهْلُ والمَحَلُّ. وترك [ذِكْرَ][(١)] المحل لوضوحه، واقتصر على الكلام في الأولين:

أحدهما: الصِّيغَةُ ـ وفيه مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: ينعقد التَّدْبِيرُ بالصَّرِيحِ وبالكِنَايَةِ مع النِّيَّةِ.

فالصريح: مثل أن يقول: أنت حُرٌّ بعد مَوْتِي، أو: أَعْتَقْتُكَ أو حَرَّرْتُكَ بعد موتي[(٢)]، أو إذا، أو متى مِتُّ فأنت حُرٌّ أو عَتِيقٌ. فإذا مات عتقَ ولو قال: دَبَّرْتُكَ، أو: أنت مُدَبَّرٌ، فالنَّصُّ أنه صريح[(٣)]، ويعتق العَبْدُ إذا مات، ونص في الكتابة على أنه إذا

---

(١) سقط من ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني في التصحيح: قوله في الصريح «أعتقتك بعد موتي» ممنوع لوجهين:
أحدهما: أن قوله أعتقتك فعل ماض، والأفعال الماضية لا تكون من أفعال الشرط، وما نزل منزلة الجواب لا يكون إلا وعداً، ولا يكون جواباً لازماً، وقد نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في الأم ما يقتضي ذلك ولو قال إن أعطيتني ألف درهم طلقتك فأعطته ألف درهم، لم يلزمه أن يطلقها، ويلزمه أن يرد الألف عليها، وهذا وعد لإيجاب طلاق، وكذلك إن قال إن أعطيتني ألف درهم طلقتك، ولا يلزمه طلاق بما أعطته حتى يقول إذا أعطيتني ألف درهم فأنت طالق فتعطيه ألف درهم في وقت الخيار، هذا نصه، وهذا قاض بما قررناه من أن قول مالك العبد إن سأعتقك إن مت لا يلزم واحد منهما، ولا يلزم تدبير حتى يقول: إذا مت فأنت حر، أو أنت حر إذا مت، وأما قوله: «أنت حر بعد موتي» فإنه ينعقد به التدبير كما ينعقد التعليق فيما لو قال: أنت طالق بعد مضي يوم ونحو ذلك، وأما قوله: «طلقتك بعد يوم» فلا يلزم؛ لأنه ينحل إلى قول إذا مضى يوم طلقتك، وهو غير لازم كما قررناه.
الوجه الثاني: أن قوله: «أعتقتك بعد موتي» كلام محال فلا يعتق عبده بعد الموت، فإن قيل: يملكه بالتعليق بأن يقول إذا مت فأنت حر، قلنا: الذي صدر بعد الموت لا الإعتاق، والإعتاق إنما يحصل بالتعليق، ووجود الصفة، فإن قيل: إذا أوصى بإعتاق عبده بعد موته فإن الموصى إليه يعتقه بعد الموت قلنا: إعتاق الوصي بعد الموت بعبارة ينشئها بالإعتاق، والعتق الموصي لا الميت، ولو كان قوله أعتقتك بعد موتي على معنى أوحيت بإعتاقك بعد موتي لكان ينبغي أن يكون وصية قطعاً والمصحح عندي أنه تعليق عتق نصفه وظهر من ذلك أن قول المالك لعبده أعتقتك بعد موتي لا ينعقد به تدبير ولا وصية بإعتاقه وهذه الصيغة ذكرها المصنف وذكر معها حررتك بعد موتي، وهما في الرد سواء، واتبع الرافعي في هذا البغوي فإنه ذكر في التهذيب ذلك ولم أر ذلك في غير تهذيب البغوي.

(٣) قال في الخادم: نقل الرافعي في باب الكتابة عن الشيخ أبي حامد أن أبا إسحاق قال لو كان الرجل حديث عهد بالإسلام أو جاهلاً بالأحكام لا يعرف التدبير لا ينعقد بمجرد لفظ التدبير حتى ينضم إليه نية أو زيادة لفظ وهذا الظاهر أنه طريقة أخرى لصورة المسألة، فإن الماوردي قال إذا كان التدبير صريحاً ثبت حكمه في كل من تلفظ به في عبده سواء عرف حكمه أم لا كصريح العتق والطلاق، ثم حكى مقاله أبي إسحاق قال وهو غلط؛ لأن صريح الطلاق وكنايته يستوي فيه=

قال: كَاتَبْتُكَ على كذا لم يَكْفِ حتى يقول: فإذا أَدَّيْتَ فأنت حُرٌّ، أو ينويه. وفيهما طريقان للأصحاب؛ نقل ناقلون الجَوَابَ[(١)] في كُلِّ واحد من العَقْدَيْنِ إلى الآخر، وخَرَّجُوهُمَا على قولين:

أحدهما: أنهما صريحان لاشْتِهَارِهِمَا في معنييها اشْتِهَارَ البيع والهِبَةِ، وسائر العقود في معانيها.

والثاني: كنايتان؛ لِخُلُوِّهِمَا عن لَفْظِ العِتْقِ والحُرِّيَةِ، ولا يَكَادَانِ يستعملان عن إنشاء العَقْدِ، إلاَّ مع التَّعَرُّضِ للحرية.

وأظهرهما: الجَرَيَانُ على النصين، وفرقوا بينهما بوَجْهَيْنِ:

[أصحهما][(٢)]: أن التدبير ظَاهِرُ المعنى، مَشْهُورٌ عند كل أَحَدٍ، [والكناية][(٣)] كمعناها لا يَعْرِفُهَا إلا الخَوَاصُّ.

والثاني: أن التدبير كان معروفاً في الجاهِلِيَّةِ في معناه، والشرع قد قَرَّرَهُ، ولا يستعمل في معنى آخر، والكتابة تقع على العَقْدِ المَعْلُومِ، وعلى المُخَارَجَةِ، وهي أن يُوَظِّفَ على العبد الكَسُوبِ كُلَّ يوم خَرَاجاً، ولا يعتق به، فلا بد من التَّمْيِيزِ باللفظ أو النِّيَّةِ، والكِنَايَةِ؛ مثل أن يقول: خَلَّيْتُ سَبِيلَكَ بعد موتي، وينوي العِتْقَ.

ولو قال: دَبَّرْتُ نِصْفَكَ، أو رُبُعَكَ. صح. وإذا مات عتق ذلك الجُزْءُ ولم يَسْرِ.

ولو قال: دَبَّرْتُ يَدَكَ، أو رجلك. فعن القاضي الحُسَيْنِ: أن فيه وَجْهَيْنِ، بِنَاءً على أن قول القائل: زني يَدُكَ هل يكون قَذْفاً؟ ففي وَجْهٍ: يصح، ويكون كله مُدَبَّراً. وفي وجه يَلْغُو. وعن «الأم» أنه لو قال: أنت حُرٌّ بعد موتي، أو لست بِحُرٍّ. لا يَصِحُّ التدبير، كما لا يحصل العِتْقُ، إذا قال: أنت حُرٌّ، أو لست بحر، والطَّلاَقُ إذا قال: أَنْتِ طَالِقٌ، أو لست بطالق.

المسألة الثانية: يصح التَّدْبِيرُ مُطْلَقاً، وهو أن يُعَلِّقَ العِتْقِ بالموت بلا شَرْطٍ، ويفيد الشَّرْطَ في الموت؛ مثل أن يقول: إن قُتِلْتُ أو مِتُّ حَتْفَ أَنْفِي، أو متُّ من مَرَضِي هذا، أو في سَفَرِي هذا، أو في هذا الشَّهْرِ، أو في هذا البَلَدِ، فأنت حُرٌّ، فإن مات على الصِّفَةِ المذكورة، فَيُعْتَقُ، وإلاَّ فلا.

= الجاهل والعالم وكذلك التدبير، انتهى. غير أن ما قاله أبو إسحاق قوي جداً فإن لفظ التدبير لإرادة العتق بعد الموت لا يعرفه إلا الفقهاء بخلاف صريح الطلاق والعتق، انتهى.

(١) في أ: قائلون.
(٢) في ز: أضعفهما.
(٣) في ز: والكتابة.

وفي «جمع الجوامع» للرُّويَانِيِّ: أنه قال في «البُوَيْطِيِّ»: إذا قال: أنت حُرٌّ إن مِتُّ من مَرَضِي هذا، أو في سفري هذا، فمات من مَرَضِهِ، أو في سَفَرِهِ، كان حُرّاً، لكنه وَصِيَّةٌ، وليس بِتَدْبِيرٍ. ونقل القاضي ابْنُ كَجٍّ مِثْلَهُ عن النَّصِّ، ويمكن أن يكون هذا مصَيَّراً إلى أن التدبير هو تَعْلِيقُ العِتْقِ بِمُطْلَقِ الموت، وأنه[١] لا يَنْقَسِمُ إلى مُطْلَقٍ ومُقَيَّدٍ، والظاهر الأَوَّلُ.

وتظهر فَائِدَةُ الخلاف في الرُّجُوعِ على ما سيأتي إن شاء اللَّهُ تعالى.

ولو قال: إذا مِتُّ ومضى شَهْرٌ، أو يوم، فأنت حر، أو قال: أنت حُرٌّ بعد موتي بِيَوْمٍ، فيعتق العَبْدُ بعد يوم من مَوْتِهِ، ولا يحتاج إلى إِنْشَاءِ إعتاق[٢] بعد المَوْتِ.

وقال أبو حَنِيفَةَ: لاَ بُدَّ من مُبَاشَرَةِ الإِعْتَاقِ بعد موته بيوم، وكأنه أَوْصَى بِإِعْتَاقِهِ. وسياق الكتاب [يُشْعِرُ][٣] بِعَدِّ هذه الصُّورَةِ من التدبير المُقَيَّدِ، فإنه قال: «والتدبير المُقَيَّدُ كالمُطْلَقِ، وهو أن يقول: إن قُتِلْتُ أو مِتُّ من مَرَضِي هذا، فأنت حر، أو أنت حُرٌّ بعد موتي بِيَوْمٍ». وَعَدَّ الصَّيْدَلاَنِيُّ قوله: إذا مِتُّ، ودخلت الدار، فأنت حُرٌّ. وقوله: إذا مِتُّ ومضى شَهْرٌ، فأنت حُرٌّ ـ من التدبير المُطْلَقِ، من حيث إنه لم يَعْتَبِرْ من نفس الموت شَرْطاً.

والذي أَوْرَدَهُ أكثرهم، منهم الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ والقَاضِيَانِ: ابْنُ كَجٍّ، والرُّوَيَانِيُّ، وابن الصباغ ـ رحمهم الله ـ أن ذلك ليس من التَّدْبِيرِ المطلق، ولا المُقَيَّدِ، وقالوا: مَهْمَا عَلَّقَ العِتْقَ بصفة بعد الموت، كقوله: إذا مِتُّ، وشِئْتَ الحُرِّيَّةَ، أو شاء فلان، أو إن مِتُّ، ثم دَخَلْتَ الدار، فأنت حر، أو أنت حُرٌّ بعد موي، أو إذا خَدَمْتَ ابني سَنَةً، فذلك ليس بِتَدْبِيرٍ، وإنما هو كَسَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ.

ويجوز تَعْلِيقُ التدبير، كما يجوز تَعْلِيقُ العتق؛ وذلك مِثْلِ أن يقول: إذا، أو متى دخلت الدار، فأنت حر، [أو أنت][٤] بعد موتي، أو: فأنت مُدَبَّرٌ. فإذا دخل الدار صار مُدَبَّراً، ولا يشترط الدُّخُولُ في الحال، ولكن يشترط حُصُولُهُ في حَيَاةِ [السيد][٥]، كما في سائر الصِّفَاتِ المُعَلَّقِ عليها، فلو مات السَّيِّدُ قبل[٦] الدخول، فلا تدبير، ويَلْغُو التعليق، إلاَّ أن يُصَرِّحَ، فيقول: إذا دَخَلْتَ الدار بعد موتي، أو إذا مِتُّ، ثم دَخَلْتَ الدار، فأنت حُرٌّ، فإنما يُعْتَقُ بالدخول بعد الموت.

وأَبْدَى الإِمَامُ في تعليق العِتْقِ بالدخول بعد المَوْتِ احْتِمَالاً مِنْ طريق المعنى، وذكر أنه رَمَزَ إليه القاضي، ولا يشترط المُبَادَرَةُ إليه بعد الموت، بل متى دخَلَ عتق،

---

(١) في أ: فإنه.
(٢) في أ: عتق.
(٣) سقط في: ز.
(٤) سقط في: ز.
(٥) في أ: الموصى.
(٦) في أ: بعد.

ولو قال: إذا مِتُّ، ودخَلْتَ الدَّارَ، فأنت حر. قال في «التهذيب»: يُشْتَرَطُ الدُّخولُ بعد الموت، إلاَّ أن يريد الدخول قَبْلَهُ. ولو قال: إذا مِتُّ، فَدَخَلْتَ الدَّارَ، أو إذا مِتُّ، فأنت حر إن دخلت الدار، فعلى ما سَنَذْكُرُ في التعليق بالمَشِيئَةِ.

ولو قال الشَّرِيكَانِ للعبد المُشْتَرَكِ: إذا مِتْنَا فأنت حر، فلا يعتق العبد، ما لم يَمُوتَا جميعاً، [إما][(١)] على التَّرْتِيبِ، أو مَعاً؛ لأنهما عَلَّقَا عِتْقَهُ. بموتهما.

ثم إِنْ مَاتَا معاً، ففي «الكافي» للروياني وَجْهٌ: أن الحاصل عِتْقُ تَدْبِيرٍ؛ لاتِّصَالِهِ بالموت، والظاهر أنه عِتْقٌ بحصول الصِّفَةِ؛ لتعلق العتق [بموته، وموت غيره، والتدبير أن يعلق العتق][(٢)] بموت نفسه.

وإن ماتا على الترتيب: فعن أبي إِسْحَاقَ: أنه لا تَدْبِيرَ أيضاً، والظاهر أنه إذا مَاتَ أحدهما، يصير نَصِيبُ الثاني مُدَبَّراً؛ لتعلُّق العتق بموته، وكأنه قال: إذا مات شريكي، فنصيبي منك مُدَبَّرٌ، ونصيب الميت لا يكون مُدَبَّراً، وهو بين الموتين لِلْوَرَثَةِ، فلهم التصرف فيه بما لا يزيل المِلْكَ؛ كالاستخدام والإِجَارَةِ، وليس لهم بَيْعُهُ؛ لأنه صار مُسْتَحِقَّ العِتْقِ بموت الشريك الآخَرِ، وكذا إذا قال: إن[(٣)] دخَلْتَ الدار بعد موتي فأنت حُرٌّ، ليس للوارث بَيْعُهُ بعد الموت، وقبل الدخول؛ إذ ليس له إِبْطَالُ تَعْلِيقِ الميت، وإن كان له أن يُبْطِلَهُ، كما لو أوصى لإِنْسَانٍ بشيء، ومات لا يجوز للوارث بَيْعُهُ، وإن كان للموصى أن يَبِيعَهُ.

وكذا مَنْ أَعَارَ، له الرُّجُوعُ في العَارِيَةِ. ولو قال: أَعْيرُوا دَارِي من فُلاَنٍ، بعد موتي شهراً، وجب تنفيذ وَصِيَّتِهِ، ولم يملك الوَارِثُ الرُّجُوعَ عن هذه العَارِيَةِ.

هذا أظهر الوجهين.

وفي الصورتين وَجْهٌ [آخر][(٤)] ينسب إلى صاحب «التقريب» أن للورثة بَيْعَهُ؛ لأن أحد شَرْطَي العِتْقِ لم يوجد، فصار كما إذا قال: إن أَكَلْتَ هذين الرَّغِيفَيْنِ فأنت حر، فأكل أحدهما، لا يمتنع بَيْعُهُ. وفي كَسْب العبد بين موتيهما وجهان:

أحدهما: أنه مَعْدُودٌ من تَرِكَةِ الميت.

وأظهرهما: أنه للوارث خَاصَّةً، وربما بُنِيَ الوجهان على الخِلاَفِ في جواز البيع، إن جَوَّزْنَاهُ فهو للوارث، وإلاَّ فمن التركة.

وإذا عَرَفْتَ ما ذكرناه، فلك أن تُعَلِّمَ قوله في الكتاب: «وقيل: إن لفظ «التدبير»

---

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: إذا.
(٤) سقط في: ز.

كِنَايَةٌ» بالواو للطريقة القَاطِعَةِ، ويجوز أن يُعَلَّمَ قوله: «والتدبير المقيد كَالمُطْلَقِ» لما سنذكر في الرجوع عن التَّدْبِيرِ.

وقوله: «ولا يحتاج إلى الإنشاء» بالحاء وقوله: «ولكن ليس للوارث بَيْعُهُ» بالواو.

وكذا قوله: «فإنه لا يبيعه قبل الدخول». وقوله: «كما لو قال: «إن دخلت الدار بعد موتي...» إلى آخره ليس أصلاً مُتَّفَقاً عليه.

فرع:

عن نَصِّهِ ـ رضي الله عنه ـ في «الأم»: أنه لو قال الشريكان للعبد: أنت حَبِيسٌ على آخِرِنَا مَوْتاً، فإذا مات عتقتَ، فهو كما لو قالا: إذا مِتْنَا فأنت حر، إلاّ أن هناك المنفعة بين المَوْتَيْنِ لِوَرَثَةِ الأَوَّلِ.

وها هنا هي للآخر، وكذلك الكَسْبُ، وكأن أولهما مَوْتاً أَوْصَى لآخِرِهِمَا موتاً.

ولو قال أحد الشَّرِيكَيْنِ: إذا مِتُّ فأنت حُرٌّ، فإذا مات عتق نصيبه ولم يَسْرِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ مُدَبَّرٌ إِنْ شِئْتَ صَارَ مُدَبَّراً إِنْ شَاءَ عَلَى الفَوْرِ، وَإِنْ قَالَ: مَتَى شِئْتَ لَمْ يُشْتَرَطِ الفَوْرُ، لَكِنْ لاَ بُدَّ مِنَ المَشِيئَةِ فِي الحَيَاةِ، إِلاَّ إِذَا قَالَ: إِنْ شِئْتَ بَعْدَ المَوْتِ، فَلاَ يُشْتَرَطُ الفَوْرُ بَعْدَ المَوْتِ، وَإِذَا قَالَ: إِنْ مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ إِنْ شِئْتَ، فَيَكْفِي مَشِيئَتُهُ فِي الحَيَاةِ فِي وَجْهٍ، وَيَكْفِي المَشِيئَةُ بَعْد المَوْتِ فِي وَجْهٍ، وَلاَ بُدَّ مِنْهُمَا فِي وَجْهٍ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ رَأَيْتَ العَيْنَ فَأَنْتَ حُرٌّ، عُتِقَ بِكُلِّ مَا يُسَمَّى عَيْناً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قال لِعَبْدِهِ: أنت حُرٌّ إن شِئْتَ، فإنما يُعْتَقُ إذا شاء على الفَوْرِ، كما لو قال لامْرَأَتِهِ: أنت طَالِقٌ إن شِئْتِ.

وعن صاحب «التقريب» والشيخ أبي علي رِوَايَةُ وَجْهٍ: أن الفَوْرَ لا يُشْتَرَطُ، كما لو قال: إن دخلت الدار. وهذا الوَجْهُ جَارٍ في الطَّلاَقِ، وقد ذكرناه هناك.

ولو عَلَّقَ التَّدْبِيرَ بِمَشِيئَةِ العبد، فقال: أنت مُدَبَّرٌ إن شئت، أو: دَبَّرْتُكَ إن شئت، أو قال: إن شئت فأنت مُدَبَّرٌ، أو: فأنت حر إذا مِتُّ، أو متى مِتُّ، فلا يصير مُدَبَّراً إلاّ بالمَشِيئَةِ. والظاهر: اشتراط الفَوْرِ فيها، وفيه الوجه الضعيف.

ولو قال: متى شِئْتَ، أو مهما شئت، فلا يُشْتَرَطُ الفور، ويصير مُدَبَّراً متى شاء، وفي الحالتين يشترط المَشِيئَةُ في الحياة، كسائر الصِّفَاتِ المُعَلَّقِ عليها، إلا إذا عَلَّقَ صريحاً بالمَشِيئَةِ بعد الموت، فإنما يَحْصُلُ العِتْقُ بمشيئة بعد الموت، ولا يمنع الامتناع في الحَيَاةِ من المشيئة بعد الموت، ثم يُنْظَرُ في لَفْظِ التعليق؛ إن قال: أنت حُرٌّ بعد موتي إن شِئْتَ بعد الموت، أو اقتصر على قوله: إن شئت، وقال: أَرَدْتُ بعد الموت،

فالمذكور في الكتاب: أنه لا يُشْتَرَطُ الفَوْرُ بعد الموت لأنها إذا تأخرت عن الخِطَابِ، واعتبر وُقُوعُهَا بعد الموت، لم يكن في [اشتراط][1] اتِّصَالِهَا بالموت معنى، ولذلك لا يُشْتَرَطُ في قَبُولِ الوَصِيَّةِ.

ونفى الإِمَامُ الخِلاَفَ في ذلك، لكن في «التهذيب» وغيره ذِكْرُ وجهين، فيما إذا قال: إذا مِتُّ وشِئْتَ بعد موتي، فأنت حر ـ أن المَشِيئَةَ تكون على الفَوْرِ أو التَّرَاخِي، والصورة كالصورة. ولو قال: إذا مِتُّ فشئت، فأنت حُرٌّ، فهل يشترط اتِّصَالُ المَشِيئَةِ بالموت؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا ـ كما لو قال: أنت حُرٌّ بعد موتي إن شئت، وأراد إِيقَاعَ المَشِيئَةِ بعد الموت.

والثاني: نعم ـ لأن «الفاء» تقتضي التَّعْقِيبَ من غير تَخَلُّلِ فَصْلٍ، والأول أَصَحُّ عند الصَّيْدَلاَنِيِّ، وبالثاني أجاب الأكثرون[2].

ويجري الخِلاَفُ في سائر التعليقات؛ مثل أن يقول: إن دَخَلْتِ الدار، وكَلَّمْتِ زيداً، فأنت طالق، هل يشترط اتِّصَالُ الكلام بالدخول؟ ولو قال: إذا مِتُّ فمتى[3] شِئْتَ فأنت حر، فلا يشترط اتِّصَالُ المشيئة بالموت بلا خلاف.

ولو قال: إذا مِتُّ فأنت حُرٌّ إن شئت، أو قال: أنت حر إذا مِتُّ إن شئت، فيحتمل أن يُرَادَ بهذا اللَّفْظِ المَشِيئَةُ في الحياة، ويحتمل أن يراد به المَشِيئَةُ بعد الموت، فيراجع ويعمل بمُقْتَضَى إرادته؛ فإن قال: أَطْلَقْتُ ولم أَنْوِ شيئاً، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يحمل اللَّفْظُ على المَشِيئَةِ في الحياة؛ لأن قوله: إذا مِتُّ فأنت حر، بمَثَابَةِ قوله: دَبَّرْتُكَ. ولو قال: دَبَّرْتُكَ إن شئت أو إذا شِئْتَ اعْتُبِرَتِ المَشِيئَةُ في الحياة، فكذلك ها هنا، فعلى هذا يكفي العِتْقُ المَشِيئَةُ في حياة السَّيِّدِ، ويعتبر أن يشاء على الفَوْرِ على الظاهر.

والثاني: أنه يحمل على المَشِيئَةِ بعد موت السَّيِّدِ؛ لأنه أَخَّرَ ذِكْرَ المشيئة عن ذكر الموت [فالسابق][4] إلى الفَهْمِ منه المَشِيئَةُ بعد الموت، وهذا ما أجاب به أكثرهم؛ منهم أصحابنا العِرَاقِيُّونَ، وشرطوا أن تكون المَشِيئَةُ بعد الموت على الفَوْرِ، وقَضِيَّةُ ما ذكره في الكتاب من قبل ألاَّ يشترط الفَوْرُ.

والثالث: ألاَّ يحصل العِتْقُ، إلاَّ أن يَشَاءَ في الحياة، ويَشَاءَ بعد الموت أيضاً؛ لأن

---

(١) في ز: شرائط.
(٢) في ز: الكثيرون.
(٣) في أ: حتى.
(٤) سقط في: ز.

اللفظ مُتَرَدِّدٌ بين المَعْنَيَيْنِ، فإن لم يَتَحَقَّقَا، لم تحصل الثِّقَةُ بالعتق، ولْيَجْرِ هذا الخِلاَفُ في سائر التعليقات؛ مثل أن يقول: إذا دَخَلْتِ الدار فأنت طَالِقٌ إن كلمت فلاناً؛ أَيُعْتَبَرُ الكَلاَمُ بعد الدخول أم قبله؟ ونشأ من هذا المُنْتَهَى إِشْكَالٌ في شيء، وهو: أن الرجل لو قال لِعَبْدِهِ: إن رأيت العَيْنَ فأنت حر، والعَيْنُ اسْمٌ مشترك بين البَاصِرَةِ، وعَيْنِ الماء، والدينار، وأَحَدِ الإِخْوَةِ من الأَبِ والأُمِّ، ولم ينو المُعَلِّقُ شيئاً؛ فهل يُعْتَقُ العَبْدُ إذا رأى شَيْئاً منها؟ فيه تردد، والوجه الحُكْمُ بأنه يُعْتَقُ، وبه يضعف اعْتِبَارُ المَشِيئَتَيْنِ في مسألة المشيئة.

ولك أن تقول: إن لم تكن المسألة وِزَانَ المَسْأَلَةِ، فلا التزام، وإن كانت وِزَانَهَا، فليحصل العِتْقُ بالمشيئة في الحياة وَحْدَهَا هذا[1] وجه، وبالمشيئة بعد الموت وَحْدَهَا، كما في مسألة العَيْنِ، وهذا وجه وراء الوجوه الثلاثة، ثم الأَشْبَهُ أن اللفظ المُشْتَرَكَ لا يُرَادُ به جَمِيعُ معانيه، ولا يحمل عند الإِطْلاَقِ على جَمِيعِهَا، ويمكن أن يُؤْمَرَ بتعيين أحدهما، ومهما اعتبر المشيئة بعد الموت على الفَوْرِ، فَأَخَّرَهَا بَطَلَ التَّعْلِيقُ، وإذا لم يعتبر الفَوْرُ، كما لو قال: فأنت حُرٌّ متى شئت ـ فعن القاضي أبي حَامِدٍ: أنه تُعْرَضُ عليه المشيئة، فإن امْتَنَعَ، فللورثة بَيْعُهُ، وكذا لو علق بِدُخُولِ غَيْرِهِ بعد الموت، يُعْرَضُ عليه الدخول، وهذا كما أنه يقال للموصى له: إما أن تَقْبَلَ، وإما أن تَرُدَّ.

وهل للورثة بَيْعُهُ قبل المشيئة وعرضها عليه؟

فيه الخِلاَفُ المذكور في الفَصْلِ السابق، وليعلمْ من لفظ الكتاب قَوْلُهُ: «على فور» بالواو، وكذا قوله: «فلا يشترط الفور بعد الموت»، وقوله: «عتق بكل ما يسمى يناً». وقد أشار في «الوسيط» إلى الخِلاَفِ فيه، كما أبدى الإِمَامُ التَّرَدُّدَ.

فروع:

لو قال: إن شاء فلان وفلان، فَعَبْدِي حُرٌّ بعد موتي لم يكن مُدَبَّراً، إلاَّ إذا شَاءَا جميعاً. ولو قال: إذا مِتُّ فَشِئْتَ، فأنت مُدَبَّرٌ. فهذا لغو[2]؛ لأن التَّدْبِيرَ لا يَحْصُلُ بعد الموت. وكذا لو قال: «إذا مِتُّ فَدَبِّرُوا هذا العَبْدَ».

ولو قال: إذا مِتُّ فَعَبْدٌ من عَبِيدِي حُرٌّ، ومات ولم يُبَيِّنْ أُقْرِعَ بينهم.

وعن نصه في «الأم»: أنه لو قال: إذا قَرَأْتَ الْقُرْآن بعد موتي فأنت حُرٌّ» لا يُعْتَقُ

---

(١) في أ: في.

(٢) هذا الذي قاله فيه نظر، والأشبه الصحة، فإن المعنى فأنت مدبر الآن وحمل الكلام على الإعمال أولى من الإهمال لا سيما إذا كان القائل يجهل أن الفاء للتعقيب، وقد قال الدارمي: لو قال إن فعلت كذا بعد موتي فأنت مدبر ففعل بعد موته عتق.

إلاَّ بِقِرَاءَةِ جميع القرآن، ولو قال: إذا قَرَأْتَ قُرْآناً يُعْتَقُ بقراءة بَعْضِ القرآن، والفرق التعريفُ والتنكيرُ. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الثاني: الأَهْلُ، وَلاَ يَصِحُّ التَّدْبِيرُ مِنَ المَجْنُونِ وَغَيْرِ المُمَيِّزِ، وَمِنَ المُمَيِّزِ قَوْلاَنِ، وَمِنَ السَّفِيهِ يَنفُذُ، وَقِيلَ قَوْلاَنِ، وَمِنَ المُرْتَدِّ يُبْنَى عَلَى أَقْوَالِ المِلْكِ، وَإِنْ دَبَّرَ ثُمَّ ارْتَدَّ لَمْ يَبْطُلْ، وَقِيلَ: يُبْنَى عَلَى أَقْوَالِ المِلْكِ، وَإِذَا بَطَلَ فَإِنْ أَسْلَمَ عَادَ، وَقِيلَ: يُبْتَنَى عَلَى عَوْدِ الحِنْثِ، فَإِذَا مَاتَ مُرْتَدّاً، وَقُلْنَا: يَصِحُّ تَدْبِيرُهُ نَفَذَ مِن الثُّلُثِ، وَإِنْ كَانَ المَالُ لِلفَيْءِ، وَالكَافِرُ الأَصْلِيُّ يَصِحُّ تَدْبِيرُهُ، وَلَكِنْ لَوْ أَسْلَمَ مُدَبَّرُهُ يُبَاعُ عَلَيْهِ فِي قَوْلٍ، وَفِي قَوْلٍ: يُسْتَكْسَبُ لَهُ كَالمُسْتَوْلَدَةِ، وَالمُكَاتَبُ كَالمُسْتَوْلَدَةِ، وَقِيلَ كَالمُدَبَّرَةِ، وَإِذَا دَبَّر نَصِيبَهُ مِن عَبْد مُشْتَرَكٍ لَمْ يَسْرِ إِلَى البَاقِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصل يَشْتَمِلُ على صُوَرٍ:

إحداها: لا يَصِحُّ تَدْبِيرُ المَجْنُونِ، والصبي الذي لا يُمَيِّزُ، وفي تدبير الصبي المُمَيِّزِ قولان، كما في وَصِيَّتِهِ، وقد ذكرناهما في «الوَصِيَّةِ». والأظهر: المَنْعُ، وبه قال المُزَنِيُّ[(١)].

وعن نصه في «البويطي» أنه قال: إذا ثَبَتَ حديث عمر ـ رضي الله عنه ـ فَتَدْبِيرُهُ جَائِزٌ، وإلاَّ فلا، والحديث ما روي عن عُمَرَ ـ رَضِيَ الله عنه ـ أنه أَجَازَ وَصِيَّةَ غُلاَمٍ له عَشْرُ سنين[(٢)].

وعن مالك رِوَايَتَانِ كالقولين، والأشهر: الجَوَازُ، وإذا صَحَّحْنَا تَدْبِيرَهُ، فيصح رجوعه عنه بالقَوْلِ، إن قلنا: إن التدبير يقبل الرجوع بالقول.

وفي تعليقة إبراهيم المَرورّوذِيِّ [فيه وجه آخر][(٣)] وإن قلنا: لا يمكن الرُّجُوعُ عنه بالقول، لم يَصِحَّ فيه التَّصَرُّفُ الذي يحصل به الرجوع، ولكن يقوم الوَلِيُّ في ذلك مَقَامَهُ، فإذا رَأَى المَصْلَحَةَ في بَيْعِهِ بَاعَهُ، وأَبْطَلَ التَّدْبِيرَ.

وفي تدبير السَّفِيهِ المَحْجُورِ عليه طريقان:

أظهرهما: وبه قال ابن سُرَيْجٍ، وأبو إسحاق، وابن سَلَمَةَ، وغيرهم ـ رحمهم الله ـ: القَطْعُ بِصِحَّتِهِ، لأنه صَحِيحُ العبارة، ولا ضَرَرَ عليه في التدبير.

---

(١) هذا صححه المراوزة لكن رجح كثيرون منهم القاضي أبو حامد والمحاملي في التجريد وسليم في المجرد وغيرهم، وجزم به صاحب الخصال وصححه الفارقي وابن عصرون.

(٢) تقدم في الوصايا. (٣) سقط في: ز.

والثاني: وبه قال الحسن[١] بن القَطَّانِ ـ أنه على القَوْلَيْنِ في تَدْبِيرِ الصبي المُمَيِّزِ.

وعن «المنهاج» للشيخ أبي محمد: أن ظَاهِرَ كلام الشافعي ـ رضي الله عنه ـ يُوَافِقُ هذه الطَّرِيقَة.

وإذا قلنا بالصحة، فرجوعه كما ذكرنا في حَقِّ الصبي.

وتدبير المُفْلِسِ المَحْجُورِ عليه كإعتاقه، وقد سبق في التَّفْلِيسِ[٢].

وفي تدبير السَّكْرَانِ الخلاف المذكور في سائر تَصَرُّفَاتِهِ[٣].

الثانية: تدبير المُرْتَدِّ يُبْنَىٰ على الأقوال في مِلْكِهِ؛ إن قلنا: إن مِلْكَهُ بَاقٍ، صَحَّ تدبيره، وبه قال المُزَنِيُّ.

وإن قلنا: زَائِلٌ لم يصح.

وإن قلنا: موقوف، فالتدبير أيضاً مَوْقُوفٌ، إن عاد إلى الإسلام بَانَتْ صِحَّتُهُ، وإن هلك على الرِّدَّةِ بَانَ فَسَادُهُ.

وفي طريقة الصيدلاني قول آخر: أنه يَبْطُلُ التَّدْبِيرُ، وإن قلنا: إن المِلْكَ موقوف.

ثم عن أبي الطَّيِّب بن سلمَةَ: أن البناء على الأَقْوَالِ فيما إذا حَجَرَ القاضي عليه.

فأما قبل الحجْرِ، فيصح تَدْبِيرُهُ بلا خلاف.

وعن أبي إِسْحَاقَ: أن الأقوال فيما قبل الحَجْرِ، فأما إذا حَجَرَ عليه، فلا يصح تَدْبِيرُهُ بلا خلاف، وعن غيرهما طَرْدُ الأقوال في الحَالَتَيْنِ، وقد ذكرنا في «باب الرِّدَّةِ» أن صاحب «التهذيب» قد جعل الوَقْفَ أَصَحَّ.

ويروي بعضهم أن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ قال: أَشْبَهُ الأقوال بالصحة زوال الملك [بنفس][٤] الرِّدَّةِ، وبه أقول: ولو دَبَّرَ عَبْداً، ثم ارْتَدَّ، ففيه ثلاثة طرق:

أحدها: وبه قال أبو إسحاق ـ القَطْعُ بأن التَّدْبِيرَ لا يَبْطُلُ، وإذا هلك على الرِّدَّةِ عتقَ العَبْدُ.

---

(١) في أ: إسحاق.

(٢) الذي قدمه الشيخ المصنف في التفليس القطع بصحة التدبير، وأما عتقه فلا يصح.

(٣) مراد المصنف بالسكران السكران المتعدي بسكره، فأما من أكره على السكر أو ظنه غير مسكر فتدبيره باطل قطعاً.
قال في الخادم: هذا هو المتجه. انتهى.
وقد يقال هذا يستفاد من قول الشيخ الخلاف السابق في سائر تصرفاته، فإن الخلاف الذي أشار إليه الشيخ إنما هو في المتعدي بسكره، فأما غير المتعدي كالمغمى عليه.

(٤) في ز: بتيقن.

والمعنى فيه صِيَانَةُ حَقِّ العَبْدِ عن الفَوَاتِ، كما يصان حقوق الغُرَمَاءِ، وأيضاً فإن الرِّدَّةَ تُؤَثِّرُ في العقود المستقبلة دون الماضية؛ ألا ترى أن الرِّدَّةَ بعد البيع والرَّهْنِ والهبة لا تُبْطِلُهَا، ونَظْمُ الكتاب يقتضي تَرْجِيحَ هذا الطريق.

وكذلك ذكر القاضي ابْنُ كَجٍّ، والعراقيون من الأَصْحَابِ ـ رحمهم الله ـ.

والثاني: فيه قال أبو الطَّيِّبِ بن سلمة: إنه يُبْنَىٰ على أقوال المِلْكِ، إن قلنا ببقاء[1] مِلْكه، فالتدبير بِحَالِهِ. وإن قلنا بزواله بطل التدبير، فلا يعتقُ العَبْدُ إذا هلك السَّيِّدُ على الرِّدَّةِ. وإن قلنا: إنه موقوف، فَيَتَوَقَّفُ في بناء التَّدْبِيرِ أيضاً.

والثالث: القَطْعُ بِبُطْلاَنِهِ؛ لأنه لو بقي لعتق العَبْد بموته مُرْتَدّاً وعتق المدبر ينفذ من الثلث، وما ينفذ من الثلث يشترط بَقَاءُ الثُّلُثَيْنِ فيه للورثة، ومَالُ المُرْتَدِّ لا يصرف [إلى الورثة][2]، بل هو فَيْءٌ، وهذا ضعيف، والقَوْلُ بأن ما ينفذ من الثلث يشترط فيه بَقَاءُ الثلثين للورثة ـ مَمْنُوعٌ، بل الشرط سَلاَمَةُ الثلثين للمُسْتَحِقِّينَ، وهم الورثة تَارَةً، وغَيْرُهُمْ أخرى. ومن قال بالطريقة الثالثة: أَبْطَلَ الوَصَايَا بالرِّدَّةِ أيضاً.

التفريع: إن قلنا بِبُطْلاَنِ التدبير، فلو عاد المرتد إلى الإِسْلاَمِ عاد ملكه، وهل يعود التَّدْبِيرُ؟ فيه طريقان:

أحدهما: نعم؛ لأن زوال مِلْكِهِ لم يكن بزوال إثبات، فإذا عاد مكانه. لم يزل، وهذا كما أن العَصِيرَ المَرْهُونَ إذا تَخَمَّرَ يزول المِلْكُ والرَّهْنُ فيه، وإذا عاد خَلاًّ يعودان.

والثاني: أنه على قَوْلَيْ عَوْدِ الحِنْثِ، وهو بمَثَابَةِ ما لو باع المُدَبَّرُ، ثم عاد إلى مِلْكِهِ، وهذا ما أورده في «التهذيب»، والأول أَشْبَهُ، ونَظْمُ الكتاب يقتضي تَرْجِيحَهُ.

وإن قلنا ببقاء التدبير عُتِقَ المُدَبَّرُ من الثلث، وجعل الثلثان فيئاً.

وفي «الكافي» ذِكْرُ وجه: أن جميعه يُعْتَقُ، وإن[3] رعاية الثلث والثلثين تَخْتَصُّ بالمِيرَاثِ، ويقال: إنه اختيار صَاحِبُ «الحاوي».

ويجوز أن يعلم لهذا قوله في الكتاب: «من الثلث» بالواو.

ولو ارْتَدَّ المُدَبَّرُ قيل: كالقِنِّ، ولكن لا يبطل التدبير، كما لا يبطل حَقُّ عِتْقِ المُسْتَوْلَدَةِ والمُكَاتَب بالرِّدَّةِ، فلو مات السَّيِّدُ قبل قَتْلِهِ عتق، ولو الْتَحَقَ المرتد بدار الحَرْبِ فَسُبِيَ، فهو على تَدْبِيرِهِ، ولا يجوز استِرْقَاقُهُ؛ لأنه إن كان السيد حَيّاً فهو له، وإن مَاتَ فَولاَؤُهُ له، فلا يجوز إِبْطَالُهُ.

---

(١) في أ: يبقى.
(٢) سقط في: أ.
(٣) في أ: فإن.

فإن كان السَّيِّدُ ذِمِّيّاً، ففي جواز اسْتِرْقَاقِ معتقه خِلاَفٌ سبق في موضعه.

ولو اسْتَوْلَى الكُفَّارُ على مُدَبَّر مسلم ثم عاد إلى يَدِ المسلمين، فهو مُدَبَّرٌ كما كان.

الثالثة: الكافر الأَصْلِيُّ يَصِحُّ تدبيره، وتعليقه العِتْقَ بِصِفَةٍ، كما يصح استيلاده ولا فَرْقَ بين الكِتَابِيِّ والمَجُوسِيِّ والوَثَنِيِّ، ولا بين الذِّمِّيِّ والحَرْبِيِّ، ولا يمنع الكافر من حمل مُدَبَّرِهِ ومُسْتَوْلَدَتِهِ الكَافِرَيْنِ إلى دار الحرب، وسَواء جرى التَّدْبِيرُ والاستيلاد في دار الحرب، ثم دخل [دار][1] الإسلام بأَمَانٍ أو حربياً في دار الإِسْلاَمِ.

وليس له حَمْلُ مُكَاتَبِهِ الكافر قَهْراً؛ لظهور اسْتِقْلاَلِهِ[2]، وإذا دَبَّرَ الكافر عَبْدَهُ الكَافِرَ، ثم أسلم العَبْدُ، نُظِرَ إن رجع السَّيِّدُ عن التدبير بالقول وجَوَّزْنَاهُ، بِيعَ عليه، وإلاَّ ففي بَيْعِهِ عليه قولان مَنْصُوصَانِ في «الأم».

أحدهما: وبه قال مالك، واختاره المزني ـ أنه يُبَاعُ عليه، ويُنْقَضُ التدبير، لأن في بقاء مِلْكِهِ فيه إذْلاَلاً لِلْمُسْلِمِ، ولا يؤمن أيضاً من أن يستخدمه ويَسْتَذِلَّهُ.

وأصحهما: وبه قال أبو حنيفة: أنه يُبَاعُ ويبقى[3] التدبير لتوقع [الحُرِّيَّةِ][4]، ولكن يخرج من يَدِهِ، ويجعل في يَدِ عَدْلٍ، ويصرف كَسْبُهُ إليه، كما لو أسلمت مستولدته، فإن خرج سَيِّدُهُ إلى دَارِ الحَرْبِ، أنفق من كَسْبِهِ عليه، وبعث ما فَضَلَ إلى السَّيِّدِ، فإذا مات عتقَ من الثلث، فإن بقي شيء منه لِلْوَرَثَةِ بِيعَ عليهم.

ولو أسلم مُكَاتَبُ الكافر ففيه طريقان:

أولاهما: القَطْعُ بإبقاء الكِتَابَةِ، وبأنه لا يُبَاعُ لانْقِطَاعِ [سلطنة][5] السَّيِّدِ عنه، واستقلاله بالكتابة، وإنْ عَجَزَ عن أداء النُّجُومِ، فعجّزه السيد فَحِينئذٍ يُبَاعُ عليه.

والثاني: أنه على القولين في المُدَبَّرِ.

---

(١) سقط في: ز.

(٢) أطلق جواز حمل المدبر والمستولد الكافرين وينبغي تقييده بالكفر الأصلي.
قال في القوت: أي إن كان العبد كافراً أصلياً، قال وقيدت إطلاقهم بالكافر الأصلي احترازاً من المرتد فإنه يمنع من حمله لبقاء علقة الإسلام، وكذا يمنع من حمل مكاتبة المرتد إن أطاعه لما ذكرته في معنى المرتد ما لو انتقل العبد المدبر أو المعلق عتقه بصفة أو المكاتب أو أم الولد إلى دين آخر، وقلنا: لا يقر عليه، ولا يقع فيه إلا بالإسلام، وهذا كله ظاهر، ولم أره صريحاً وكنت أود أنه لو قيل إنه يمنع من حمل مدبره الذي يخالفه في دينه إلى دار الحرب؛ لأنه يحمله على دين نفسه، ولا سيما إذا كان طفلاً. وفي فتاوى ابن الصلاح ما يؤيد هذا.

(٣) في ز: ولا يبقى. (٤) في ز: الجزية.

(٥) في ز: سلطة.

وقوله في الكتاب: «والمكاتب كالمستولدة» يعني: أنه لا يُبَاعُ إلا في الاسْتِكْسَابِ المذكور في صورة المُدَبَّرِ.

الرابعة: إذا دَبَّرَ أَحَدُ الشريكين نَصِيبَهُ من العَبْدِ المشترك، فظاهر المذهب، وهو المذكور في الكتاب أنه لا يَسْرِي، ولا يُقوِّم عليه نَصِيبُ الشريك؛ لأن التَّدْبِيرَ لا يمنع البَيْعَ، فلا يقتضي السِّرَايَةَ كما لو علق عِتْقَ نصيبه [بصفَةٍ][1]، وأيضاً فالتَّدْبِيرُ إما [وصية][2] للعبد بالعتق، أو تعليق عِتْقٍ بصفة، على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وكل واحد منهما بَعِيدٌ عن السِّرَايَةِ، وعلى هذا فلو مات المُدَبِّرُ، وعتق نَصِيبُهُ، لم يَسْرِ إلى نَصِيبِ شريكه أيضاً؛ لأن الميت معسر، بخلاف ما إذا عَلَّقَ عتق نصيبه بصفة، ووجدت الصِّفَةُ، وهو مُوسِرٌ يُعْتَقُ نصيبه ويَسْرِي[3]. وفيه قول آخر.

ومنهم من يقول: وجه، وبه قال مَالِكٌ أن التدبير يَسْرِي، ويقوّم عليه نَصِيبُ الشريك؛ لأن التَّدْبِيرَ يوجب اسْتِحْقَاقَ العتق بالموت، فصار كالاسْتِيلاَدِ، ومن نَصَرَ المذهب قال: الاسْتِيلاَدُ كالإِتْلاَفِ؛ لأنه يمنع البيع، ولا سبيل إلى دَفْعِهِ، والتدبير بخلافه، وإذا دُبِّرَ بعض عَبْدِهِ الخالص صح، ولا سرَايَةَ على ما سبق.

هذا ظاهر المذهب.

ومن قال بالسِّرَايَةِ إلى نصيب الشريك، فَأَوْلَى أن يقول بالسراية ها هنا.

ويجوز أن يُعلَّمَ قوله في الكتاب: «لم يسر إلى الباقي» مع الميم والواو بالحاء؛ لأن عند أبي حَنِيفَةَ إذا دَبَّرَ أحدهما نفسه يخير الشريك بين أن يضمنه القِيمَةَ، وبين أن يستسعى العبد، وبين أن يُدَبِّرَ نصيبه، أو يعتقه.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: النَّظَرُ الثَّانِي فِي أَحكَامِهِ وَلَهُ حُكْمَانِ الأَوَّلُ: ارْتِفَاعُهُ وَيَرْتَفِعُ التَّدْبِيرُ بِخَمْسَةِ أُمُورٍ (الأَوَّلُ: إِزَالَةُ المِلْكِ) وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ المُدَبَّرُ، فَإِنْ عَادَ المِلْكُ فَهَلْ يَعُودُ التَّدْبِيرُ فِيهِ خِلاَفٌ.

«القول في حكم التدبير»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ النظر بَيَانُ حُكْمَيْنِ:

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: وصيته.
(٣) مقتضاه أنه لا يسري على القولين سواء قلنا التدبير أو وصية أو تعليق عتق بصفة وقطع القاضي أبو الطيب سراية التدبير عليه.
قال ابن أبي الدم: ولم أر أحداً من الأصحاب صرح بنفي السراية في تعليق العتق قولاً واحداً غير القاضي أبي الطيب ولم يذكر بين الوصية وتعليق العتق على صفة فرقاً والفرق بينهما مشكل.

أحدهما: ارْتِفَاعُ التدبير بعد صِحَّتِهِ.

والثاني: سرايته إلى الوَلَدِ.

أما الأول: فقد [ذكرنا][١] أن التَّدْبِيرَ يرتفع بخمسة أُمُورٍ:

أحدها: إزالة المِلْكِ ويجوز للسيد إِزَالَةُ الملك عن المُدَبَّرِ بالبيع والهِبَةِ والوَصِيَّةِ وغيرها، سواء كان التَّدْبِيرُ مُطْلَقاً أو مُقَيَّداً، خلافاً لأبي حَنِيفَةَ في المُطْلَقِ.

ولمالك في المُطْلَقِ والمقيد معاً.

وعن أحمد رِوَايَتَانِ: إحداهما كمذهبنا.

والأخرى: أن له بيعه للدَّين.

واحْتَجَّ الأَصْحَابُ بالخَبَرِ المَذْكُورِ في صَدْرِ الباب، وقالوا: إن النبي ﷺ باعه بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، إلاَّ أن الراوي لم يَتعرَّضْ له؛ لأن مَقْصُودَهُ من سياق الخبر بَيَانُ أن بيع المُدَبَّرِ جَائِزٌ في الجملة.

ومنهم من قال: باعه للدَّيْنِ. وللإمام بَيْعُ مِلْكِ الغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لِلدَّيْنِ، ويروى أن رَجُلاً من الأنصار أعتق عَبْداً له عن دبر منه لا مَالَ له غيره، وعليه دَيْنٌ، فبلغ ذلك النَّبيَّ ﷺ فباعه، وقضى الدَّيْنَ منه، ودفع الفَضْلَ إليه، وبما[٢] روي أن عَائِشَةَ ـ رضي الله عنها ـ باعت مُدَبَّرَةً لها سَحَرَتْها، ولم ينكر أَحَدٌ من الصَّحَابَةِ ـ رضي الله عنهم ـ ولا خَالَفَهَا، وبأن عتقه تَعْلِيقٌ بِصِفَةٍ، انفرد السَّيِّدُ بالتعليق بها، فيتمكن[٣] من بَيْعِهِ، كالمُعَلَّقِ عِتْقُهُ بدخول الدار، واحْتَرَزُوا بقولهم: «انفرد السيد بالتعليق به» عن الكِتَابَةِ وفرقوا بين التَّدْبِيرِ والاسْتِيلاَدِ بأن سبب العِتْقِ في الاسْتِيلاَدِ آكَدُ وأَقْوَى؛ أَلاَ تَرَى أنه لا يعتبر من الثُّلُثِ، ولا يمنع منه الدَّيْنُ، بخلاف التدبير؟ وإذا زال المِلْكُ عن المُدَبَّرِ ببيع وغيره، ثم عاد إلى مِلْكِهِ، فهل يعود التدبير؟ يبنى على أن التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ للعبد بالعِتْقِ، أو هو تعليق عِتْقٍ بِصِفَةٍ؟ وفيه قولان:

القديم، وأَحَدُ قَوْلَي الجديد: أنه وَصِيَّةٌ؛ لأنه تَبَرُّعٌ بعد الموت فيعتبر من الثلث.

والثاني: من قَوْلَي الجديد: أنه تَعْلِيقُ عِتْقٍ بصفة، كما لو عَلَّقَ بموت الغير، ويوضحه أنه لا يَفْتَقِرُ إلى إِحْدَاثِ تَصَرُّفٍ بعد الموت، بخلاف الوصية، وما الأظهر من القولين؟ اختار المُزَنِيُّ الأَوَّلَ، وإلى ترجيحه ذَهَبَ القَاضِيَانِ: أبو الطيب والروياني، والمُوَفَّقُ بْنُ طَاهِرٍ، والأكثرون رَجَّحُوا الثاني، ومنهم الشيخ أبو حَامِدٍ، ومَنْ تابعه،

---

(١) في ز: ذكر.

(٢) في ز: وما.

(٣) في ز: فيمكن.

والقاضي ابْنُ كَجٍّ، وقالوا: إنه المنصوص في [أكثر][1] كتبه الجَدِيدَةِ، وبه قال أبو إسْحَاقَ المَرْوَزِيُّ. فإن قلنا: إنه وَصِيَّةٌ، ثم عاد إلى مِلْكِهِ.

وإن قلنا: تَعْلِيقُ عِتْقٍ، فهو على الخِلاَفِ في عَوْدِ الحِنْثِ، وقد مَرَّ أن الأَقْوَى من هذا الخلاف أن لا يَعُودُ الحِنْثُ، ويخرج مما ذكرنا أن الأظهر أنه لا يَعُودُ التدبير.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي: أَنَّ لَهُ صَرِيحَ الرُّجُوعِ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ وَصِيَّةٌ، وَإِنْ قُلْنَا: تَعْلِيقٌ فَلاَ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتِقُوهُ عَنِّي فَلَهُ الرُّجُوعُ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ فَدَخَلْتَ الدَّارَ أَوْ شِئْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَهُوَ تَعْلِيقٌ وَلاَ رُجُوعَ عَنْهُ بِالصَّرِيحِ، ولاَ يَنْقَطِعُ التَّدْبِيرُ بِالاَسْتِيلاَدِ لِأَنَّهُ يُوَافِقُهُ بِخِلاَفِ الوَصِيَّةِ، وَقَوْلُهُ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ رُجُوعٌ عَنِ التَّدْبِيرِ المُطْلَقِ.

[قَالَ الرَّافِعِيُّ]: هل يجوز الرُّجُوعُ عن التَّدْبِيرِ بصريح الرُّجُوعِ، مثل أن يقول: رجعت عنه أو فَسَخْتُهُ، أو نَقَضْتُهُ، أو أبْطَلْتُهُ، أو رَفَعْتُهُ، بنى ذلك على الخلاف الذي ذَكَرْنَاهُ آنفاً. إن قلنا: إن التدبير وَصِيَّةٌ، فيجوز.

وإن قلنا: تَعْلِيقُ عِتْقٍ بصفة، فلا، كما في سائر التَّعْلِيقَاتِ، والخلاف مُطَّرِدٌ في التدبير المُطْلَقِ والمُقَيَّدِ، على أظهر الطريقين، ومنهم من خَصَّصَ الخِلاَفَ بالتدبير المُطْلَقِ، وقطع في المُقَيَّدِ بمنع الرجوع؛ لأنه لا يَتَعَلَّقُ بِمُطْلَقِ الموت، فهو بسائر التَّعْلِيقَاتِ أشبه، ولا خِلاَفَ في أنه لو قال: أعتقوا فُلاَناً عَنِّي إذا مِتُّ، يجوز الرُّجُوعُ عنه بصريح لَفْظِ الرجوع، كما في سائر الوَصَايَا، ولا في أنه إذا ضَمَّ إلى المَوْتِ صِفَةً أُخْرَى، فقال: إذا مِتُّ، فدخلت الدار، أو لَبِسْتَ [الحرير][2] فأنت حُرٌّ، ولا يجوز الرجوع باللَّفْظِ، وإنما القولان في التَّدْبِيرِ.

واحتج المُزَنِيُّ بجواز الرُّجُوعِ عنه؛ بأنه قد نص على أنه لو قال: إن أدَّيْتَ بعد مَوْتِي إلى وَرَثَتِي كذا فأنت حر. كان ذلك رُجُوعاً، حتى لا يُعْتَقَ إلاَّ إذا أَدَّى ما ذَكَرَهُ، وأنه لو وهب المُدَبَّرَ ولم يَقْبِضْهُ حصل الرجوع.

وأجاب الأَصْحَابُ ـ رحمهم الله ـ عن الأَوَّلِ بأن ما ذَكَرَهُ تَفْرِيعٌ منه على قول جواز الرجوع لَفظاً، فإن لم نُجَوِّزْهُ لم يكن ذلك رُجُوعاً، وإذا مات عُتِقَ المُدَبَّرُ.

وعن الثاني: بِمِثْلِ هذا الجواب، وذكر بعضهم أنه إذا وَهَبَهُ حصل الرجوع على القَوْلَيْنِ، وإن لم يقبضه؛ لأن إفضاء الهِبَةِ إلى زَوَالِ المِلْكِ.

قال الإمام: والوَجْهُ القَطْعُ بأن مُجَرَّدَ الهِبَةِ لا يبطل التدبير على قولنا: إنه تَعْلِيقٌ.

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في أ: الثوب.

نعم إذا اتَّصَلَ بها الإِقْبَاضُ، فإن قلنا: يحصل المِلْكُ عند القَبْضِ، فحينئذٍ يَنْقَطِعُ التدبير، وإن قلنا: يتبين اسْتِنَادُ المِلْكِ إلى حَالَةِ الهِبَةِ، فهل يَتَبَيَّنُ انْقِطَاعُ التدبير من وقت الهِبَةِ؟

فيه تَرَدُّدٌ، وكذا لو فرض بيع بشرط الخِيَارِ، وقلنا: إنه يُزِيلُ المِلْكَ، فَهَلْ يبطل التدبير قبل لزوم البَيْعِ؟

فيه تَرَدُّدٌ. قال: وأَثَرُ ذلك أَنَّا إذا قلنا: إنه لو زَالَ المِلْكُ على وجه اللزوم، وعاد التدبير فيقطع[1]، فلو زَالَ على الجَوَازِ، وعاد فهل يحكم بانْقِطَاعِ التدبير؟

فيه تَرَدُّدٌ، والذي أَطْلَقَهُ صاحب «التهذيب» أن البَيْعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ يُبْطِلُ التَّدْبِيرَ على القولين، ولو باع نِصْفَ المُدَبَّرِ، أو وَهَبَ وأقبض، بطل التدبير في النِّصْفِ المبيع أو الموهوب، وبقي في الباقي.

وحكى القاضي ابْنُ كَجٍّ طرُقَاً في أن رَهْنَ المُدَبَّرِ هل يَرْفَعُ التدبير؟

أظهرهما: البِنَاءُ على أنه وَصِيَّةٌ، أو تَعْلِيقُ عِتْقٍ بصفة.

والثاني: أنه ليس بِرُجُوعٍ على القولين، لأن الرَّهْنَ لا يزيل الملك.

والثالث: أنه رُجُوعٌ على القولين، كما سبق مِثْلُهُ في الهِبَةِ قبل القبض، ومجرد الإِيجَابِ في الهِبَةِ والرَّهْنِ، إن جعلناه وَصِيَّةً على الخِلاَفِ المذكور في الوَصِيَّةِ أنه هل يكون رُجُوعاً وإن جعلناه تَعْلِيقاً، فلا أَثَرَ له، ولا يرتفع بالاسْتِخْدَامِ والتزويج على القَوْلَيْنِ، وإذا جعلناه وَصِيَّةً فترفع بالعَرْضِ على البيع، وسائر ما ذكرناه في باب الوَصِيَّةِ.

نعم الوطء ليس برجوع عن التدبير، وإن جَعَلْنَاهُ وَصِيَّةً، سواء عَزَلَ، أو لم يَعْزِلُ، بخلاف ما في الوَصِيَّة، فإنّا قد نجعل الوَطْءَ في تَرْكِ العَزْلِ رُجُوعاً؛ لأنه يَدُلُّ على قَصْدِ الإِمْسَاكِ، وها هنا إذا ترك العَزْلَ، فَأَحْبَلَ يَحْصُلُ الاسْتِيلاَدُ، وأنه يحقق مَقْصُودَ التدبير، ويُؤَكِّدُهُ، وهو العِتْقُ.

فإن اسْتَوْلَدَهَا، فالذي أورده أَكْثَرُ سَلَفِ الأصحاب وخَلَفُهُمْ ـ رحمهم الله ـ أنه يبطل التدبير؛ لأن الاسْتِيلاَدَ أَقْوَى، فيرتفع به الأَضْعَفُ، كما يرتفع [به][2] مِلْكُ النِّكَاحِ بِمِلْكِ اليمين، ولو دَبَّرَ مستولدته لم يَصِحَّ؟ لأنها تَسْتَحِقُّ العِتْقَ بالموت بِجِهَةٍ هي أَقْوَى من التدبير، وفي طريقة الصَّيْدَلاَنِيِّ: أنه لا يَبْطُلُ التَّدْبِيرُ، ويكون لِعِتْقِهَا يوم موت السَّيِّدِ سَبَبَانِ، وعلى هذا جَرَى الإِمَامُ، وصاحب الكتاب، مع اعتراف الإمام بأنه لا أَثَرَ لِبَقَاءِ التدبير.

وقال الرُّوَيَانِيُّ في «الكافي»: وقيل: لا يقول بِبُطْلاَنِ التدبير، ولكنه يدخل في الاسْتِيلاَدِ، كما لو طَرَأَتِ الجَنَابَةُ على الحَدَثِ، ولو كاتب المُدَبَّرَ فهل يرتفع التَّدْبِيرُ؟

---

(١) في ز: فقطع.

(٢) سقط في: ز.

فيه وجهان مبنيان[١] على الخِلاَفِ المذكور، إن جعلناه وَصِيَّةً، ارتفع، كما لو أَوْصَى لإنسان بِعَبْدٍ، ثم كاتبه.

وإن قلنا: تَعْلِيقُ عِتْقٍ بصفة لا[٢]؛ لأن مَقْصُودَ الكِتَابَةِ العِتْقُ أيضاً، فيكون مدبراً أو مُكَاتباً، كما لو دَبَّرَ عَبْدَهُ المُكَاتَبَ، فإذا أَدَّى النُّجُومَ عَتِقَ بالكِتَابَةِ، وإن مَاتَ السَّيِّدُ قبل الأَدَاءِ، عتق بالتدبير، فإن لم يخرج من الثُّلُثِ عتِقَ قَدْرَ الثلث، وبقيت الكِتَابَةُ في الباقي، فإذا أَدَّى قِسْطَهُ عتقَ، وهذا ما يحكى عن نَصِّ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وهو الذي أَوْرَدَهُ الشَّيْخُ أبو حامد وجماعة.

وزاد القاضي أَبُو حَامِدٍ، فقال: يسأل عن كتابته، فإن أَرَادَ بها الرُّجُوعَ عن التدبير، ففي ارْتِفَاعِهِ القولان.

وإن قال: لم أَقْصِدْ بها الرُّجُوعَ، فهو مُدَبَّرٌ مُكَاتَبٌ على القولين جميعاً. ورأى القاضي ابْنُ كَجٍّ القَطْعَ بأن الكِتَابَةَ تَرْفَعُ التَّدْبِيرَ؛ لأن العَبْدَ يصير بِعَقْدِ الكتابة مَالِكاً لنفسه، فكأن السَّيِّدَ أَزَالَ مِلْكَهُ عنه فيكون الحكم كما لو بَاعَ.

وخَرَّجَ الإِمَامُ على الخلاف في الكِتَابَةِ ما لو [علق][٣] عتق المدبر بِصِفَةٍ، لأنه لو أَوْصَى به، ثم عَلَّقَ عِتْقَهُ بصفة كان التعليق رُجُوعاً عن الوَصِيَّةِ.

والذي أَوْرَدَهُ صاحب «التهذيب» أنه يَصِحُّ التَّعْلِيقُ بالصفة الأُخْرَى، ويبقى التَّدْبِيرُ بحاله، كما لو دَبَّرَ المُعَلَّقَ عِتْقُهُ بصفة، يجوز، ثم إن وجدت الصِّفَةُ قبل الموت عتقَ.

وإن مات قَبْلَهَا عُتِقَ عن التدبير.

وفي «الوسيط» ما يَقْتَضِي تفصيلاً.

وهو أنه قال: «إن دُخَلْتَ الدَّار فأنت حر» فقد زَادَ شَيْئاً آخر لِلْحُرِّيَّةِ، وليس ذلك بِرُجُوعٍ. ولو قال: «إن دُخَلْتَ الدَّارَ بعد مَوْتِي» فهو رجوع عن التَّدْبِيرِ المطلق؛ لأنه لا يُنَافِي تَعْلِيقَ الحرية بمجرد الموت.

وقد ذكر هذا الطَّرَفَ الثاني في الكتاب.

واعلم أنه: إن أَرَادَ بِقَوْلِهِ: «هذا رجوع، وذَاكَ ليس برجوع»، أن هذا يقتضي نَقْضَ التَّدْبير المُطْلَقِ، وذاك لا يقتضيه ليعرف أن ما يقتضي نقضه يكون على الخِلاَفِ ـ في أن التَّدْبِيرَ هل يجوز نَقْضُهُ من غَيْرِ إِزَالَةِ المِلْكِ ـ فهذا صَحِيحٌ، فلا يحتاج إلى إِعْلاَمِهِ بالواو.

وإن أراد أن هذا يَرْفَعُ التَّدْبِيرَ وذاك لا يَرْفَعُهُ فَلْيُعَلَمْ قوله في الكتاب: «رجوع عن

---

(١) في أ: يُبْنَيَانِ.
(٢) في ز: فلا.
(٣) سقط في: ز.

التدبير المطلق» بالواو [و](1) كيف لا؟ وهذه الصُورَةُ مثل قوله: «إن أَدَّيْتَ إلى وَرَثَتِي بعد مَوْتِي كذا فأنت حُرٌّ» وقد ذكرنا أنها مُخَرَّجَةٌ على الخلاف في أن الأَرْجَحَ أنه لا يَرْفَعُهُ ثم اعلم أن التفصيل المذكور قد نَسَبَهُ نَاسِبُونَ إلى نَصِّهِ في «الأم».

وادَّعَى القاضي أبو الطيب قوله: «إن دَخَلْتَ الدَّارَ بعد موتي» ونحوه، يرفع التدبير [على القولين](2) وهو كاحْتِجَاجِ المُزَنِيِّ بِنَصِّهِ فيما إذا قال: «إن أديت بعد مَوْتِي كذا».

«فُرُوعٌ»:

الأول: إذا قال: قد رَجَعْتُ عن التدبير في نِصْفِهِ، أو رُبعه، بقي التدبير في الجميع، إن قلنا: لا يجوز رَفْعُهُ بلفظ الرُّجُوعِ، وإن جَوَّزْنَاهُ ارتفع فيه، وبقي في(3) الباقي.

الثاني: عن نَصِّهِ ـ رضي الله عنه ـ في «الأم». أنه إذا دَبَّرَ عَبْدَهُ ثم خرس، فإن لم تكن له إِشَارَةٌ مَفْهُومَةٌ ولا كتابة، فلا قطع على رجوعه.

وإن كان له إِشَارَةٌ وكتابة، فإن أَشَارَ بِالبَيْعِ ونحوه، ارْتَفَعَ التدبير، وإن أشار بنفس الرجوع، فعلى الخِلاَفِ.

الثالث: ذكرنا في خِلاَلِ الكلام أنه لو دَبَّرَ عَبْدَهُ المُكَاتَبَ يجوز وأنه لو أَدَّى النُّجُومَ قبل مَوْتِ السَّيِّدِ عتقَ بالكتابة، وحينئذٍ فيبطل التدبير، ولو عَجَّزَ نَفْسَهُ، أو عَجَّزَهُ السيد بَطَلَتْ الكتابة، وبقي التَّدْبِيرُ، ولو مات السَّيِّدُ قبل الأداء [والتعجيز](4)، فيعتق بالتدبير إن احتمله الثُّلُثُ، وحينئذٍ فعن الشَّيْخِ أبي حامد: أنه تَبْطُلُ الكِتَابَةُ.

قال ابن الصَّبَّاغ: وعندي أنه يَنْبَغِي أن يتبعه وَلَده وكسبه، كما لو أعتق السيد مُكَاتَبَهُ قبل الأَدَاءِ، وكما لا يملك إِبْطَالَ الكتابة بالإعتاق، وجَبَ ألاَّ يملكه بالتدبير.

قال: ويحتمل أن يريد بالبُطْلاَنِ زَوَالَ العَقْدِ، دون سقوط أَحْكَامِهِ(5) وقوله في الكتاب:

---

(1) سقط في: ز. (2) سقط في: ز.

(3) هذا إذا قلنا التدبير عتق بصفة فإن قلنا: وصية كان الرجوع في الصفة رجوعاً في الكل، قطع به الماوردي، وهو تفريع على أن تدبير المالك بعض عبده يسري.

(4) في ز: والعجز.

(5) لم يرجح شيئاً من المقالتين ثم إنه ذكره فيما إذا دبر المكاتب ولم يذكر شيئاً فيما إذا كاتب المرتد وقلنا ببقائه وإيضاح هاتين المسألتين يعلم مما ذكره في باب الكتابة في مسألة إحبال المكاتبة أن السيد إذا مات عتقت بموته عن الكتابة وتبعها كسبها قطعاً؛ لأن العتق إذا وقع بالكتابة لا يبطل حكمها، كما لو باشرها به، وهل يعتق عن الكتابة أو عن الاستيلاء وجهان المرجح الأول، وحكاه ابن الرفعة عن إيراد ابن الصباغ أيضاً والبندنيجي والإمام.

«ولو قال: إذا مِتُّ وأنت دخلت الدار، أو لبست كذا» هو في بعض النُّسَخِ، وفي بعضها: «إذا مِتُّ فدخلت الدار أو شئت» وكلاهما صَحِيحٌ مُؤَدٍّ لِلْغَرَضِ.

وقوله: «ولا ينقطع التَّدْبِيرُ بالاستيلاد» [معلم][(١)] بالواو وجواب الأكثر الانقطاع كما بَيَّنَّا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثُ إِنْكَارُ السَّيِّدِ رُجُوعٌ، وَقِيلَ: لَيسَ بِرُجُوعٍ بَلْ يَحْلِفُ، وَكَذَلِكَ الخِلاَفُ فِي إِنْكَارِ الوَصِيَّةِ وَالوَكَالَةِ هَلْ هُوَ رُجُوعٌ؟ وَإِنْكَارُ البَيْعِ الجَائِزِ لَيسَ بِفَسْخٍ، ثُمَّ إِنَّ إِنْكَارَ الطَّلاَقِ الرَّجْعِيِّ لَيسَ بِرَجْعَةٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إن لم نجوز الرُّجُوعَ عن التدبير بِلَفْظِ الرجوع، فإنكار السَّيِّدِ التَّدْبِيرَ ليس برجوع.

وإن جَوَّزْنَاهُ فهل هو رجوع؟

وكذا إنكار الموصي للوصية والمُوَكِّلِ للوكالة هل يكون رُجُوعاً؟

فيه ثلاثة أَوْجُهٍ جمعها الإمام ـ قَدَّسَ اللَّهُ روحه.

أحدهما: نعم، لأن هذه العُقُودَ عُرْضَةٌ للفَسْخِ والرفع[(٢)]، ولو قال: «لست مُدَبِّراً، أو لست بِوَكِيلٍ من جِهَتِي، أو ليس هذا مُوصًى به وجب القَطْعَ بارتفاع هذه العُقُودِ، وكذلك إذا قال: لم أُدَبِّرْ، ولم أُوَكِّلْ، ولم أُوصِ؛ لأن قَضِيَّتَهُ أنه ليس بمُدَبِّرٍ، ولا وكيل في الحال.

والثاني: لا؛ لأن الإِنْكَارَ إِخْبَارٌ عما مضى، فإذا كان كَذِباً لم يُؤَثِّرْ، وأيضاً فإن إِنْكَارَ الأَصْلِ ينافي الرَّفْعَ، ويضاده، فلا يحصل به الارْتِفَاعُ.

والثالث: أن الوكَالَةَ ترتفع [لأن][(٣)] فائدتها العُظْمَى تَتَعَلَّقُ بالمُوَكِّلِ، ولا يرتفع التَّدْبِيرُ والوصية، لأنهما عَقْدَانِ يتعلق بهما غَرَضُ شَخْصَيْنِ، فلا يجعل إِنْكَارُ أحدهما رفعاً له، وهذا أَظْهَرُ، وهو المنصوص عليه في التَّدْبِيرِ، والمَذْكُورُ في الكتاب في الوكالة، وإنكار البَيْعِ الجائز[(٤)] لا يكون فَسْخاً للبيع.

قال الإمام: وفيه احْتِمَالٌ [أخذاً مما][(٥)] قيل في التَّدْبِيرِ والوصية، ولو ادَّعَتِ المرأة [على][(٦)] زَوْجِهَا طَلاَقاً رَجْعِيّاً، فأنكر، لم يَكُنِ الإِنْكَارُ رَجْعَةً بالاتفاق، لأن

---

(١) في ز: فعلمها.
(٢) في أ: والرد.
(٣) في ز: فإن.
(٤) في أ: أخذاً مما.
(٥) سقط في: ز.

الرَّجْعَةَ تَحْدِيدُ حِلٍّ، ورَفْعُ تحريم واقع. فلا يتضمن نَفْيُ موصيها إنشاءها.

إذا عَرَفْتَ ذلك، فإذا ادَّعَىٰ العَبْدُ على السيد أنه دَبَّرَهُ، أو عَلَّقَ عِتْقَهُ بصفة، ففي سَمَاعِ هذه الدَّعْوَى خِلاَفٌ مذكور في «الدَّعَاوَىٰ».

وقد بُنِيَ الخِلاَفُ في دَعْوَى التدبير على أنه تَعْلِيقُ عِتْقٍ بصفة، أو وصية[1] إن قلنا: إنه تَعْلِيقُ عِتْقٍ فتسمع؛ لأن السَّيِّدَ لا يملك الرُّجُوعَ عنه بِلَفْظِ الرجوع.

وإن قلنا: إنه وَصِيَّةٌ، فوجهان؛ بناء على أن إنْكَارَهُ هل يكون رجوعاً؟

إن قلنا: لا فَتُسْمَعُ. وإن قلنا: نعم فلا يُسْمَعُ. هكذا رَتَّبَ جَمَاعَةٌ.

وقَضِيَّةُ هذا البِنَاءِ والترتيب مَجِيءُ طريقة قَاطِعَةٍ بأن دَعْوَى تعليق العتق مَسْمُوعَةٌ، مع إِثْبَاتِ الخِلاَفِ في دعوى التدبير. وذكر الإمام أَنَّا إن لم نَجْعَلِ الإِنْكَارَ رُجُوعاً، ففي سماع الدعوى الوجهان المَذْكُورَانِ في سَمَاعِ الدعوى بالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ.

ووجه المَنْعِ: أن عِمَادَ الدَّعْوَى أن يَسْتَحِقَّ المُدَّعَى عَلَيْهِ مُطَالَبَةً وإِلْزَاماً، والمُدَبَّرُ لا يستحق شَيْئاً علَى السَّيِّدِ في الحال.

وهذا يَطَّرِدُ في دَعْوَىٰ تعليق العِتْقِ.

وأما إن جعلنا الإِنْكَارَ رجوعاً، فلا يبعد أن تُسْمَعَ الدعوى؛ إذ لا يَتَعَيَّنُ مُقَابَلَةُ الدعوى بالإنكار، بل قد يقرُّ المدعى عليه وقد يَسْكُتُ، فلا يَتَوَجَّهُ رَدُّ الدعوى في[2] الابتداء، وأن في سَمَاعِ [الدعاوى][3]، وَرَدُّ شهادة الحِسْبَةِ أَوْلَى؛ لأن موضع الحِسْبَةِ ما إذا ثَبَتَ لله ـ تعالى ـ حَقٌّ، وكان ذلك الحَقُّ مَجْحُوداً، فينتهض الشاهد لإثباته مُحْتَسِباً.

وإذا تَوَجَّهَتِ الدعوى، وأنكر السَّيِّدُ، فله أن يُسْقِطَ اليَمِينَ عن نفسه؛ بأن يقول: إن كنت دَبَّرْتُهُ، فقد رجعت عنه، إذا جَوَّزْنَا الرجوع باللفظ، وكذا لو قَامَتِ البَيِّنَةُ عليه، وحكم الحَاكِمُ، فله الدَّفْعُ بهذا الطريق على هذا القول.

ولو ادَّعَى على الوَرَثَةِ أن مورثهم دَبَّرَهُ، وأنه قد عُتِقَ بموته، فَيَحْلِفُونَ على نَفْي العلم[4]. ولا نُثْبِتُ التَّدْبِيرَ إلا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ؛ لأنه ليس بحال، وهو مما يَطَّلِعُ عليه الرجال، ونثبت الرُّجُوعَ عنه بشهادة رَجُلٍ وامرأتين، وبشاهد ويمين، لأن المَقْصُودَ منه المَالُ.

---

(١) في ز: أو تدبير.
(٢) في أ: من.
(٣) في أ: الدعوى.
(٤) أطلق حلفهم، وقال الماوردي: إذا عدم البينة أحلف الورثة وكان واجباً عليه أن يحلفهم لئلا يسترق بعد عتق، فإن حلفوا كان حلفهم على نفي العلم دون البت، ويخيروا بين الحلف على نفي التدبير وبين الحلف على نفي العتق، بخلاف البينة فإنها لا تسمع إلا على التدبير دون العتق.

وحكى الفَوْرَانِيُّ فيه وَجْهاً آخر، لأن مُدَّعِي الرجوع ينفي حُصُولَ الحرية بالموت.

وقوله في الكتاب: «إِنْكَار السيد رجوع، وقيل: ليس برجوع بل يحلف» هذا السِّيَاقُ يُشْعِرُ بترجيح كَوْنِهِ رُجُوعاً.

والأظهر عند[1] أكثر الأَصْحَابِ ـ رحمهم الله ـ على ما قَدَّمْنَاهُ ـ أنه ليس برجوع، وقد يقرب الخِلاَفُ من الخلاف في أن إِنْكَارَ الزَّوْجِيَّةِ هل هو طَلاَقٌ؟

والظاهر أنه لَيْسَ بِطَلاَقٍ. وفي «التهذيب» وغيره: أن المذهب سماع الدَّعْوَى بالتدبير، وتعليق العِتْقِ بالصفة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الرَّابعُ) مُجَاوَزَةُ الثُّلُثِ فَإِذَا دَبَّر عَبْداً لاَ مَالَ لَهُ غَيْرُهُ عُتِقَ بِمَوْتِهِ ثُلُثُهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ دَبَّرَ فِي الصِّحَّةِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ غَائِبٌ لَمْ يَتَنَجَّزْ عُتِقَ ثُلُثُهُ عَلَى أَحَدِ القَوْلَيْنِ حَتَّى لاَ يَتَسَلَّطَ العَبْدُ عَلَى شَيْءٍ قَبْلَ تَسَلُّطِ الوَرَثَةِ عَلَى مِثْلَيْهِ، وَكَذَلِكَ الخِلاَفُ فِي الوَصِيَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصل مسائل منها ما هو مَذْكُورٌ في الكتاب، ومنها ما هو غَيْرُ مذكور:

إحداها: عِتْقُ المُدَبَّرِ يعتبر من الثلث؛ لما روي عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ مَرْفُوعاً وموقوفاً «أن المدبر من الثلث[2]».

وأيضاً، فإنه تَبَرُّعٌ يلزم بالمَوْتِ، فيكون من الثلث كالوَصِيَّةِ.

---

(١) في ز: عن.

(٢) رواه البيهقي [١٠/ ٣١٤] من حديث نافع عنه، وفيه علي بن ظبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع، ورواه الشافعي [٨/ ١٨] عن علي بن ظبيان وقال: قلت لعلي: كيف هو؟ فقال: كنت أحدث به مرفوعاً، فقال لي أصحابي: ليس هو بمرفوع، فوقفته، قال الشافعي: والحفاظ يقفونه على ابن عمر، ورواه الدارقطني [١٣٨/٤] من حديث عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع مرفوعاً بلفظ: المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث، قال أبو حاتم: عبيدة منكر الحديث، وقال الدارقطني في العلل: الأصح وقفه. وقال العقيلي: لا يعرف إلا بعلي بن ظبيان وهو منكر الحديث، وقال: أبو زرعة: الموقوف أصح، وقال ابن القطان: المرفوع ضعيف وقال البيهقي الصحيح موقوف كما ورواه الشافعي وروى من وجه آخر عن أبي قلابة مرسلاً: أن رجلاً أعتق عبد الله عن دبر فجعله النبي ﷺ من الثلث وعن علي كذلك مرفوعاً عليه وروى لسنده عن عثمان عن أبي شيبة أنه قال: حديث علي بن خيله خطأ.
والحديث من رواية علي بن ظبيان عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر.
أخرجه ابن ماجه أيضاً (٢٥١٤) قال أبو عبد الله ـ أي ابن ماجه ـ ليس له أصل.

وأيضاً: فإن الإِعْتَاقَ في المَرَضِ أَقْوَى من التدبير؛ لأنه منجز ولاَزِمٌ لا رُجُوعَ عنه، ثم هو مُعْتَبَرٌ من الثلث، فالتدبير أَوْلَى أن يُعْتَبَرَ من الثلث، وإنما يُعْتَقُ المُدَبَّرُ من الثلث بعد الدُّيُونِ، كما ذكرنا في «الوَصَايَا» فلو كان عليه دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ للتَّرِكَةِ، لم يُعْتَقْ منه شيء، وإن لم يكن دَيْنٌ ولا مال سواه، عتقَ منه ثلثه، وإن كان عليه دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ نِصْفَهُ، بيع نصفه في الدَّيْنِ، ويعتق من الباقي ثُلُثُهُ، ولا اسْتِسْعَاءَ.

وعند أبي حنيفة: ومن «تعليقةُ إبراهيم المَرْوَرُوذِيِّ»: أن الحِيلَةَ في أن يُعْتَقَ جميع العبد بعد الموت وإن لم يكن له مَالٌ سواه، أن يقول: «هذا العَبْدُ حر قبل مَرَضِ مَوْتِي بيوم، وإن مِتُّ فجأة فقبل مَوْتِي بيوم»، فإذا مات بعد التَّعْلِيقَيْنِ بأكثر من يَوْمٍ، عتق العَبْدُ من رَأْسِ المال ولا سبيل عليه لِأَحَدٍ.

ولو اقْتَصَرَ على قوله: «أنت حُرٌّ قبل موتي بيوم أو بشهر»، فإذا مات، نُظِرَ إن كان في أَوَّلِ اليوم، أو الشهر قبل الموت مَرِيضاً، فيعتبر عِتْقُهُ من الثلث، وإن كان صحيحاً فمن رَأْسِ المال، ولا فَرْقَ في الاعْتِبَارِ من الثُّلُثِ بين أن يقع التدبير في الصحة، أو في المَرَضِ كالوَصِيَّةِ.

الثانية: إذا دَبَّرَ عَبْداً ومَاتَ، وبَاقِي مَالِهِ غَائِبٌ عن بَلْدَةِ الورثة، أو دين على معسر، فلا يُعْتَقُ جميع المُدَبَّرِ، وهل يعتق ثُلُثُهُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، واخْتَارَهُ القاضي أبو حَامِدٍ؛ لأن الغَيْبَةَ لا تزيد على العَدَمِ، ولو لم يملك إلاَّ هَذَا لعتقَ ثلثه، فكذلك عند الغيبة. وعلى هذا فثلث أَكْسَابِهِ بعد موت السَّيِّدِ له، ويُوقَفُ الباقي.

وأظهرهما: على ما ذكر الشيخ أَبُو حَامِدٍ، وصاحب «التهذيب» وغيرهما: أنه لا يُعْتَقُ حتى يصل المَالُ إلى الوَرَثَةِ؛ لأن في تجهيز العِتْقِ تَنْفِيذُ التَّبَرُّعِ من الثلث، قبل تَسَلُّطِ الوَرَثَةِ على الثلثين. إذ لا بد من التَّوَقُّفِ في الثلثين إلى أن يَتَبَيَّنَ حَالُ الغائب، وعلى هذا فتوقف الأَكْسَابُ؛ فإن حَضَرَ بان عِتْقٌ، وأن الأَكْسَابَ له ويقال: إن الخِلاَفَ في المَسْأَلَةِ قولان: منصوص، ومُخَرَّجٌ. والمنصوص الثاني.

وإذا كانت قِيمَةُ المُدَبَّرِ مائة، والغائب قَدْرُ مائتين، فحضرت مائة، فعلى الوَجْهِ الأول؛ يعتق ثُلُثَاهُ؛ لأن ثلثه عتِقَ في الحال فإذا حضرت مائة عتق بِقَدْرِ ثلثها أيضاً.

وعلى الثاني: يُعْتَقُ نِصْفُهُ؛ لحصول مِثْلِهِ للورثة، فإذا حضرت مائة، وبلغت مائة اسْتَقَرَّ العِتْقُ في ثلثيه، وتسلط الورثة على ثلثيه وعلى المائة.

وفي طريقة الصَّيْدَلاَنِيِّ تَفْرِيعاً على أنه يُعْتِقُ من المُدَبَّرِ ثلثيه أن للوارث التَّصَرُّفَ في الثلثين، فإن حضر المَالُ الغَائِبُ نُقِضَ تصرفه، وأنه لو أعتق الوَارِثُ الثلثين، ولم

يحضر المَالُ الغَائِبُ، فَوَلاَءُ الثلثين له، وإن حضر؛ فعن ابن سُرَيْج أن الجَوَابَ كذلك؛ لأنه أعتق وله العِتْقُ. وإن فيه وَجْهاً آخر: أن وَلاَءَ الجَمِيعِ للمورِّث؛ بِنَاءً على إجَازَةِ الوَرَثَةِ تنفيذ أو ابْتِدَاءُ عطية[1] واشْتَدَّ [نكيرُ][2] الإمَام على هذا، وقال: إعتاق الورثة أنفسهم رَدٌّ للتدبير، ولا سَبِيلَ إلى رَدِّ التدبير بِسَبَبِ غَيْبَةِ المال، بل الوَجْهُ التَّوَقُّفُ، فإن حَضَرَ المال بَانَ نُفُوذُ العِتْقِ في الجميع، ولكن مُسْتَنَداً إلى وَقْتِ المَوْتِ، أو عند حصول القُدْرَةِ؟ فيه احتمالان؛

أوجههما: الأول.

فإن كانت التَّرِكَةُ بحيث يفي مثلها بالمُدبَّرِ، ولكن كان عليه دَيْنٌ مستغرق [فأبرأ مستحق][3] الدَّين عن الدَّين بعد أيَّام من الموت، فَيَسْتَنِدُ العِتْقُ إلى وقت الموت، أو يَتَنَجَّزُ من وقت سُقُوطِ الدَّيْنِ؟ فيه احتمالان:

والأَظْهَرُ في هذه الصورة الثاني:

ولو كان له دَيْنٌ في ذِمَّةِ إنسان ليس له غَيْرُهُ فَأَبْرَأَ عنه في مَرَضِ الموت، أو عن ثُلُثِهِ، هل تَحْصُلُ البَرَاءَةُ عن الثلث قبل وُصُولِ الثلثين؟

فيه الخِلاَفُ المَذْكُورُ في أن العِتْقَ هل ينفذ من الثلث، والأصح: المنع.

ويجري الخِلاَفُ فيما إذا مَاتَ عنه اثْنَيْنِ ولم يترك إلاَّ دَيْناً على أحدهما؛ هل يَبْرَأُ من عليه الدَّيْنُ عن نِصْفِهِ؟

ففي وجه: لا، وإلاَّ [لاخْتَصَّ بحقه][4] قبل أن يَتَوَفَّرَ على أخيه حَقُّهُ، وقد أُمِرَ بالتسوية بينهما. وفي وجه: نعم، إذ لا يمكن أن يَمْلِكَ على نَفْسِهِ دَيْناً.

ولو أَوْصَى [بغير][5] مَالٍ يخرج من الثلث، وباقي ماله غَائِبٌ.

هل يُسَلَّمُ إلى الموصى له ثُلُثَ العين، أو يَنْتَظِرُ حُضُورَ الغائب؟ فيه مِثْلُ الخِلاَفِ المذكور في العِتْقِ، وقد تَقَدَّمَ في «باب الوَصِيَّةِ». وقوله في الكتاب: «وكذا الخلاف في الوصية» مُعَادٌ هَا هُنَا.

---

(١) قال في المطلب: ما ذكره الصيدلاني يوافق قول الأصحاب في باب الوصية إن تصرف المريض فيما زاد على الثلث بالتبرع نافذ في الحال، وملك المشتري التصرف فيه، وإن كان لو مات من ذلك المرض لبان بطلان تصرفه حتى قالوا إنه لو أعتق أمة لا مال له سواها يملك قريبها تزويجها، فإن ظهر أن العتق لم يشمل جميعها بان بطلان النكاح إن لم يجز الورثة أو أجازوا وقلنا: إنها ابتداء عطية، والأقيس الصحة.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في أ: فإنه استحق.

(٤) في ز: اختص لحقه.

(٥) في ز: بعين.

ولو أوصى بثلث مَالِهِ، وبَعْضُ ماله حَاضِرٌ، وبَعْضُهُ غَائِبٌ، أو البعض عَيْنٌ، والبعض دَيْنٌ، فيدفع إلى الموصى له ثلث الحاضر، والعين يحضره وما يحصل من بعد، فيقسم كذلك.

الثالثة: إذا عَلَّقَ عِتْقَ عَبْدِهِ بِصِفَةٍ، فوجدت تلك الصِّفَةُ في مَرَضِ الموت؛ يُنظر إن كان التَّعْلِيقُ بِصِفَةٍ لا توجد إلاَّ حينئذ، كما إذا قال: إن دَخَلْتَ الدَّارَ في مَرَضِ موتي، فأنت حُرٌّ، أو إذا مَرِضْتُ مَرَضَ الموت. فيعتبر عِتْقُهُ من الثلث، كما لو أعتقه حينئذ.

وإن كان يحتمل أن توجد في الصِّحَّةِ، ويحتمل أن توجد في المَرَضِ فقولان:

أصحهما: العِتْقَ من رَأْسِ المَالِ؛ لأنه حينئذ علق ولم يكن مُتَّهماً بِإِبْطَالِ حَقِّ الورثة.

والثاني ـ وبه قال أبو حَنِيفَةَ ـ: يُعْتَقُ من الثلث اعتِبَاراً بوقت وجود الصفة فإن العتق حينئذ يَحْصُلُ. وهذا كالخلاف في أَنَّهُ إذا عَلَّقَ طَلاَقَ أمْرَأَتِهِ في الصحة، ووجدت الصفة في المَرَضِ هل [يجعل فاراً][(١)].

قال الإِمَامُ: ومن هذا الأَصْلِ اخْتَلَفَ الأَصْحَابُ في أنه إذا شَهِدَ اثْنَان على تعليق العِتْقِ بصفة، وآخران على وُجُودِ الصفة، وحكم القَاضِي بِنُفُوذِ العِتْقِ، ثم رجعوا يكون الغُرْمُ عليهم جميعاً، أم يَخْتَصُّ به شُهُودُ التعليق؛ لأن التعليق هو الموقع والصِّفَة محل الوقوع أو وقته؟

وقياس اعْتِبَارِ الصِّفَةِ ها هنا تخصيص الغُرْم بشهود الصِّفَةِ لكن لا صائر إليه.

والخِلاَفُ فيما إذا كانت الصِّفَةُ محتملة الحُصُول في الصحة والمَرَضِ، ووجدت في المرض بغير اخْتِيَارِهِ، فإن وُجِدَتْ باختياره اعتبر العِتْقُ من الثلث؛ لأنهم ذَكَرُوا أنه لو قال: إن دَخَلْتَ الدار وكَلَّمْتَ فُلاَناً فأنت حُرٌّ، ثم دخلها وكَلَّمَهُ من مَرَضِ مَوْتِهِ، يعتبر العتق من الثلث؛ لأنه اخْتَارَ حُصُولَ العتق في مَرَضِهِ. ولو باع الصَّحِيحَ بمُحَابَاةٍ، وشرط الخيار، ثم مَرِضَ في مُدَّةِ الخيار، ولم يفسخ حتى مات، اعتبرت المُحَابَاةُ من الثلث؛ لأنه [لزم][(٢)] العقد في المَرَض باختياره، فأشبه ما إذا وَهَبَ في الصِّحَّةِ، وأقبض في المرض[(٣)].

---

(١) سقط في: ز. (٢) في أ: ألزم.

(٣) قال النووي: إنما يظهر هذا إذا قلنا: الملك في مدة الخيار للبائع، وترك الفسخ عامداً لا ناسياً.

فروع:

لو علق عِتْقَ عَبْدِهِ بصفة، وهو مُطْلَقُ التصرف فوجدت الصِّفَةُ، وهو مَحْجُور عليه بالفَلَسِ، عتِقَ العَبْدُ، إن قلنا: الاعتبار بِحَالَةِ التعليق، وإن قلنا: الاعتبار بِحَالَةِ وجود الصِّفَةِ؛ فهو كإِعْتَاقِ الفَلَسِ، ولو عَلَّقَهُ بصفة، فوجدت الصفة بعد ما جُنَّ وحُجِر عليه بالسَّفَهِ، يعتق وَجْهاً [واحداً][1] كذلك ذكره في «التهذيب» وفرَّقَ بأن حَجْرَ المريض والمُفْلِسِ كلاهما لِحَقِّ الغَيْرِ، وهذا لِلْوَرَثَةِ، وهذا لِحَقِّ الغُرَمَاءِ، بخلاف حَجْرِ [السفيه والمجنون][2].

وعن صاحب «الإفصاح» أنه لو قال: إن جُنِنْتُ فأنت حُرٌّ. فَجُنَّ، ففي العِتْقِ وجهان:

أحدهما: لا يُعْتَقُ كما لو أعتق في حال الجنون.

والثاني: يعتق؛ لأن الإِيقَاعَ حَصَلَ في الصِّحَّةِ.

وقد خُرِّجَ هذا الخِلاَفُ فيما إذا كان التعليق بِصِفَةٍ غير الجنون، فوجدت في الجنون. ولو قال: إن مَرِضْتُ مَرَضاً مَخُوفاً، فأنت حر. فَمَرِضَ مَرَضاً مات منه، يعتق العَبْدُ، ويكون عِتْقُهُ من الثلث. وعن أبي الحُسَيْنِ بن القَطَّانِ وجه آخر: أنه يُعْتَقُ من رَأْسِ المال؛ لأن التعليق وَقَعَ في الصحة.

ولو مَرِضَ مَرَضاً مَخُوفاً، ثم برِئَ منه يعتق، ويكون عِتْقُهُ من رأس المال. وخرج القاضي ابن كَجٍّ وَجْهاً: أنه لا يُعْتَقُ أَخْذاً من الخِلاَفِ فيما إذا حَجَّ، وهو مَعْضُوبٌ ثم بَرِئَ.

ونختم الفَصْلَ بإعادة إِشْكَالٍ من الخلاف المَشْهُورِ، من أن المُدَبَّرَ؛ هل يُعْتَقُ في الحال عند غَيْبَةِ بَاقِي المال، قد ذكرناه في «باب الوَصِيَّةِ»، وذلك، لأن الثلث عتق بكل حال، فلا معنى للتَّوَقُّفِ والتأخير فيه، ولا فَائِدَةَ لِلْوَارِثِ في ذلك، فإنه مَمْنُوعٌ من التَّصَرُّفِ في جميع العَبْدِ، فَضْلاً عن التصرف في الثلث.

وأيضاً فلو لم يعتق الثلث في الحال لَبَقِيَ المِلْكُ فيه والمَمْلُوكُ لاَ بُدَّ له من مَالِكٍ، ولا يمكن أن يكون مِلْكاً للميت، ولو كان مِلْكاً للوارث، لما عتق[3] إلا بإِعْتَاقِهِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الخَامِسُ) إِذَا جَنَى المُدَبَّرُ بِيعَ فَإِنْ فَدَاهُ السَّيِّدُ بَقِيَ التَّدْبِيرُ، فَإِنْ مَاتَ

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: السفه والجنون.
(٣) في ز: عتق.

السَّيِّدُ فَلِلوَرَثَةِ أَنْ لاَ يَفدُوهُ عَلَى قَوْلٍ وَإِنْ وَفَّى الثُّلُثُ بِالفِدَاءِ وَالعِتْقِ، وَقِيلَ: يَجِبُ الفِدَاءُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الجناية على المُدَبّر كهي على القِنِّ، فإن قتل فللسيد القِصَاصُ أو القِيمَةُ، ولا يَلْزَمُهُ أن يشتري بها عَبْداً فيدبره، بخلاف ما إِذَا وَقَفَ مَتَاعاً فَأُتْلِفَ، فإنا قد نقول يشتري بقيمته مِثْلَهُ، ويوقف؛ لأن مَقْصُودَ الوَقْفِ أن ينتفع به المَوْقُوفُ عليهم، وهم بَاقُونَ. ومقصود التَّدْبِيرِ أن ينتفع به ذلك العَبْدُ، ولم يَبْقَ، وإن جنى على طرفه فَلِلسَّيِّدِ القِصَاصُ، أو الأَرْشُ، ويبقى التدبير[١] بِحَالِهِ. هذا حكم الجِنَايَةِ عليه.

وأما حكم جِنَايَتِهِ وهو [الذي][٢] أورده في الكِتَابِ، فهو فيها كالقِنِّ أيضاً، فلو جَنَى على إِنْسَانٍ بما يوجب القِصَاصَ اقْتُصَّ منه وفَاتَ التَّدْبِيرُ.

وإن جَنَى بما يوجب المَال، وعاد بالعَفْوِ إليه، فللسيد أن يَفْدِيَهُ، وأن يُسْلِمَهُ لِيُبَاعَ في الجِنَايَةِ، فإن فَدَاهُ بقي التدبير فيه، وفيما يَفْدِيهِ به من أَرْشِ الجِنَايَةِ، أو الأَقَلِّ منه، ومن قيمته القولان السابقان من القِنِّ.

وإن سَلَّمَهُ للبيع وبيع جميعه ارتفع التَّدْبِيرُ فيه، فإن عاد إلى مِلْكِهِ، ففي عَوْدِ التدبير مَا مَرَّ في الباب تَفْرِيعاً على أنه وصية، وعلى أن تَعْلِيقَ عِتْقٍ بصفة، وإن حصل الغَرَضُ بِبَيْعِ بعضه بَقِيَ التَّدْبِيرُ في الباقي، وإن مَاتَ السيد قبل البَيْعِ، واختيار الفداء، ففيه طريقان:

أظهرهما: أن حُصُولَ العِتْقِ على الخِلاَفِ في أن إِعْتَاقَ العَبْدِ الجاني هل ينفذ؛ لأنه اجتمع العِتْقُ والجِنَايَةُ؟ فإن قلنا: ينفذ أخذ الفِدَاءُ من تَرِكَةِ السَّيِّدِ؛ لأنه أعتقه بالتدبير السابق، وعلى هذا فالفِدَاءُ بأقل الأَمْرَيْنِ بلا خِلاَفٍ؛[٣] لأنه تعذر تسليمه للبيع.

وإن قلنا: لا يُعْتَقُ فالوَارِثُ بالخيار بين أن يَفْدِيَهُ فيعتق من الثلث، وبين أن يُسَلِّمَهُ لِلْبَيْعِ، وإن كان في ثلث المال سَعَةٌ، فإذا بِيعَ، بَطَلَ التدبير.

واعلم أن الخِلاَفَ في أن إِعْتَاقَ الجاني؛ هل ينفذ؟

قد سبق في أَوَّل «البيع»، وبَيَّنَّا أن الأَصَحَّ أنه إن كان مُوسِراً ينفذ، وإن كان مُعْسِراً لا ينفذ، ويُشْبِهُ أن يقال: الميت معسر على مَا مَرَّ في سِرَايَةِ العِتْقِ.

[والطريق][٤] **الثاني**: عن صاحب «التقريب» أنه إذا اتَّسَعَ الثلث، وَوَفَّى بقيمة

---

(١) في أ: الأرش. (٢) سقط في: ز.
(٣) وما ادعاه من نفي الخلاف ممنوع فإنه قد حكى في باب العاقلة الخلاف فيه.
(٤) سقط في: ز.

الرقبة والفِدَاء، وجب على الوَرَثَةِ تَحْصِيلُ العِتْقِ، ولا [يخرج](١) على ذلك الخلاف.

ولو كانت جِنَايَةُ المُدَبَّرِ تَسْتَغْرِقُ ثُلُثَ الرَّقَبَةِ مَثَلاً، ومات السيد فَفَدَاهُ الوَارِثُ من مَالِهِ، ففي وَلاَءِ ذلك الثُّلُثِ وَجْهَانِ، حَكَاهُمَا الصَّيْدَلاَنِيُّ عن ابن سُرَيْجٍ أنه للوارث.

وقال القَفَّالُ: فيه وَجْهٌ آخر عِنْدِي؛ أن وَلاَءَ جَمِيعِهِ للوارث، بِنَاءً على أن إِجَازَةَ الوَرَثَةِ تَنْفِيذٌ أو ابتداء عَطِيَّةٍ.

وهذا الفِدَاءُ من الوَارِثِ كالإِجَازَةِ؛ لأنه متمم قَصْدَ المورث، وشَبِيهاً بالوجْهَيْنِ في عبد مَرْهُونٍ [جنى ففداه المرتهن](٢) بِشَرْطِ أن يكون العَبْدُ رَهْناً عنده بأصل الدَّيْنِ، وبالفِدَاءِ؛ لأنه لما أَشْرَفَ على الزَّوَالِ للبيع في الجناية جعل باستيفائه كابْتِدَاءِ عَقْدٍ منه.

ولو جَنَت المُدَبَّرَةُ، ولها وَلَدٌ صغير وقلنا بِسِرَايَةِ التدبير إليه على ما سَيَأْتِي الخلاف فيه، فلو بِعْنَا الوَلَدَ معها أبطلنا التدبير فيه، ولو لم نَبِعْهُ معها، فَرَّقْنَا بين الأُمِّ والولد، وفيه وجهان:

أحدهما: نبيعه حِذَاراً من التفريق.

والثاني: يحتمل التفريق لِلضَّرُورَةِ، وهو كالخِلاَفِ فيما إذا رَهَنَ الجَارِيَةَ دون وَلَدِهَا، واحتيج إلى بَيْعِ الجَارِيَةِ في الدَّيْنِ هل يُبَاعُ الولد معها؟

وقوله في الكتاب: «إذا جنى المُدَبَّرُ بِيعَ» يجوز أن يُعَلَّمَ [بالحاء](٣)؛ لأن عند أبي حَنِيفَةَ يُجْبَرُ السيد على أن يَفْدِيَهُ، كما في أُمِّ الولد.

وقوله: «فللورثة ألا يَفْدُوهُ على قَوْلٍ» أي من التركة، وهو إشارة إلى الطريقة الأُولَى.

وقوله: «وقيل: يجب الفِدَاءُ»؛ [إشارة إلى](٤) طريقة صاحب «التقريب».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الحُكْمُ الثَّانِي: السِّرَايَةُ وَهَلْ يَسْرِي التَّدْبِيرُ إِلَى وَلَدِ المُدَبَّرَةِ مِنْ زِنَا أَوْ نِكَاحٍ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَتَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالدُّخُولِ هَلْ يَسْرِي إِلَى الوَلَدِ؟ فِيهِ أَيْضاً قَوْلاَنِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي فَقِيلَ: مَعْنَاهُ أَنَّ الوَلَدَ يُعْتَقُ بِدُخُولِ الأُمِّ، وَقِيلَ بِدُخُولِ نَفْسِهِ، ثُمَّ إِذَا سَرَى التَّدْبِيرُ صَارَ كَمَا لَوْ دَبَّرَهُمَا، وَلاَ يَكُونُ الرُّجُوعُ عَنْ أَحَدِهِمَا رُجُوعاً عَنِ الآخَرِ، وَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا إِذَا ضَاقَ الثُّلُثُ، أَمَّا وَلَدُ المُدَبَّرِ فَيَتْبَعُ الأُمَّ دُونَ الأَبِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجوز وَطْءُ المُدَبَّرَةِ والمُعَلَّقَةِ عِتْقُهَا بصفة لكَمَالِ المِلْكِ، ونَفَاذِ التَّصَرُّفِ فيهما.

---

(١) في ز: حرج.

(٢) في ز: حتى فداه المرهن.

(٣) في ز: الحال.

(٤) في ز: أراد به.

روي أن ابن عمر ـ رضي الله عنهما: دَبَّرَ جَارِيَتَيْنِ له، وكان يطؤهما[(١)].

وأيضاً فإن المُسْتَوْلَدَةَ يجوز وَطْؤُهَا، مع أن حَقَّ العِتْقِ [فيها][(٢)] آكَدُ، فالمُدَبَّرَةُ أَوْلَى، وتُخَالِفُ المُكَاتَبَةُ؛ لأنها صارت أَحَقَّ بنفسها؛ ألا ترى أنها إذا وُطِئَتْ يكون المَهْرُ لها، وإذا جنى عليها يكون أَرْشُ الجِنَايَةِ لها، بخلاف المُدَبَّرَةِ والمُعَلَّقِ عِتْقُهَا بالصفة والمستولدة، فإن المَهْرَ وأَرْشَ الجناية عليهن يكون للسَّيِّدِ.

ولو أَوْلَدَهَا السيد صارت مُسْتَوْلَدَةً. والأظهر أن التدبير يَبْطُلُ.

وفيه وجه آخر وقد ذكرناهما من قَبْلُ، وبذلك الوَجْهِ الآخر أجاب إبراهيم المَرُّورُوذِيُّ، وتظهر فَائِدَةُ الاختلاف فيها، إذا قال: كل مدبر لي[(٣)] حر؛ هل تعتق هي؟

وأما إذا أتت المُدَبَّرَةُ بِوَلَدٍ من نِكَاحٍ أو زنى؛ فهل يَسْرِي التدبير إليه؟ فيه قولان[(٤)]:

أرجحهما عند الإمَام وصاحب «التهذيب»: لا، وهو اختيار المُزَنِيِّ؛ لأنه عَقْدٌ يقبل الرفع، فلا يَسْرِي إلى الوَلَدِ كالرَّهْنِ.

وأظهرهما: كما ذكر الشيخان ـ أبو حَامِدٍ والقَفَّالُ ـ وغيرهما وبه قال أبو حَنِيفَةَ ومالك وأَحْمَدُ ـ رحمهم الله ـ.

نعم: لأنها تُعْتَقُ بموت سَيِّدِهَا، فيتبعها وَلَدُهَا كالمستولدة، ولأن وَلَدَ الحرة حُرٌّ، وَوَلَدُ الرقيقة رَقِيقٌ.

وإذا نذر هَدْياً أو أُضْحِيَةً، يكون للولد حُكْمُ الأم، فكذلك ها هنا. ثم قيل: القولان مَبْنِيَّانِ على أن التدبير وَصِيَّةٌ، أو تعليق عتق بصفة، إن قلنا: وصية لم يتبعها الوَلَدُ، وإن قلنا: تعليق يتبعها، وهذه طريقة المزني، والصحيح وبه قال ابن سُرَيْجٍ وأبو إسحاق ـ رحمهم الله ـ: أنهما مَبْنِيَّيْنِ على أنه وَصِيَّةٌ أو تعليق، بل القولان جَارِيَانِ على القولين جميعاً؛ لأنه نَصَّ على قولين في أن وَلَدَ المعلق عتقها؛ هل يَتْبَعُهَا على ما سنذكر، ويقال: إنه مع التفريع على أن التدبير وَصِيَّةٌ؛ ذكر في وَلَدِ المدبرة قولين.

وفي «الشامل» أن بعضهم قال: القولان في الوَلَدِ مَخْصُوصَانِ بما إذا قلنا: إن

---

(١) رواه مالك [٢/ ١٦٢] في الموطأ عن نافع عنه بهذا، والشافعي عنه به.

(٢) في ز: منها. (٣) في أ: مديرك.

(٤) حكى هذا النووي عن الأكثرين وحكايته عن الأكثرين في أصل كلام المصنف ممنوع، فإنه لم يقله، وإنما نقل الأول عن ترجيح الإمام والبغوي ونقل ترجيح السراية عن أبي حامد والقفال. نعم صرح في الشرح الصغير بذلك فقال أظهرهما عند أكثرهم أنه يسري.

التدبير تَعْلِيقٌ، وأما إذا جَعَلْنَاهُ وَصِيَّةً، فلا يتبعها الوَلَدُ، بلا خلاف، كما لو أوصى بِجَارِيَةٍ لإنسان، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ، فهذه طريقة ثَالِثَةٌ، وعن الشيخ أبي محمد أنه يحتمل أن يَجْرِيَ القَوْلاَنِ في وَلَدِ الموصى بها لإنسان(١). قال الإِمَامُ: والأَظْهَرُ القَطْعُ بالمَنْعِ.

والشافعي ـ رضي الله عنه ـ إنما رَدَّدَ القَوْلَ في وَلَدِ المُدَبَّرَةِ على مذهب التَّشْبِيهِ بالمُسْتَوْلَدَةِ، وهذا التَّشْبِيهُ يَخْتَصُّ بِعَقْدِ العَتَاقَةِ، والمُعَلَّقُ عِتْقُهَا بالصفة إذا أتت بِوَلَدٍ؛ هل يتبعها؟ [أيضاً](٢) فيه قولان.

ورَتَّب الصَّيْدَلاَنِيُّ الخِلاَفَ ها هنا على الخلاف في وَلَدِ المُدَبَّرَةِ، والمنع ها هنا أَوْلَى. وجعله القَفَّالُ وغيره الأظهر(٣) وقالوا: ولد المدبرة إنما يَتْبَعُهَا لِمُشَابَهَتِهَا المستولدة من العتق بموت السَّيِّدِ.

والأَظْهَرُ: أنه لا فَرْقَ من مَجْيءِ القَوْلَيْنِ بين أن يكون التَّعْلِيقُ بما يحصل لا مَحَالَةَ كَطُلُوعِ الشمس، أو بغيره كَقُدُومِ زَيْدٍ، ودخول الدار.

وقيل بتخصيص القَوْلَيْنِ بالتَّعْلِيقِ بما يوجد لا مَحَالَةَ؛ لأنه يشبه التَّدْبِيرَ، وفي غيره لا يَتْبَعُهَا بلا خِلاَفٍ.

التفريع: إن(٤) جعلنا وَلَدَ المُدَبَّرَةِ مُدَبَّراً، فلو ماتت الأم في حَيَاةِ السَّيِّدِ، لم يبطل التدبير في الولد، كما لو دَبَّرَ عَبْدَيْنِ، فمات أحدهما قبل موت السَّيِّدِ، وكما إذا مَاتَتِ المُسْتَوْلَدَةُ لا يبطل حَقُّ العتق في الولد، ولو رجع السَّيِّدُ عن تَدْبِيرِهِ أَحَدَهُمَا، وجَوَّزْنَاهُ، أو باع أحدهما لم يَبْطُلِ التدبير في الثاني، ولو كان الثُّلُثُ لا يَفِي إلاَّ بإحداهما، فعن ابن الحَدَّادِ: أنه يُقْرَعُ بينهما، كما لو دَبَّرَ عَبْدَيْنِ، وضاق الثلث عنهما، وهذا هو الأظهر، والمَذْكُورُ في الكتاب.

وفيه وَجْهٌ: أنه يُقَسَّمُ العِتْقُ عليهما؛ لأنَّا لو أقرعنا فربما تخرج القُرْعَةُ للولد، فَتَرَقُّ الأم وهي الأَصْلُ في التدبير، فيبعد أن تُرَقَّ، ويعتقُ الولد.

وإذا قلنا: إن المُعَلَّقَ عِتْقُهَا بالصفة يَتْبَعُهَا وَلَدُهَا، فالمَعْنِيُّ به أن الصِّفَةَ إذا وجدت في الأُمِّ، وعتقت هي [بعتق الولد أيضاً ولتعتبر الصفة فيه ـ فإذا عَلَّقَ عتقها](٥) بدخول الدَّارِ فدخلت عتقت، وعتقَ الوَلَدُ على هذا القول، ولو دَخَلَ الوَلَدُ بنفسه لم يعتق هذا هو [المشهور].(٦)

---

(١) في أ: به.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: الأعم.
(٤) في ز: ولو.
(٥) سقط في: ز.
(٦) في ز: المشهود.

وقال الشيخ أبو محمد [قضية](١) سِرَاية هذا التعليق أن يَتَعَلَّقَ عتقُهُ بدخوله من نفسه، وإلاَّ فَهُوَ سِرَايَةُ عتق لا سِرَايَةُ تعليق، فعلى هذا لا يُعْتَقُ بدخولها، ويعتق بدخوله، ولو بَطَلَ التعليق بدخول الدار فيها بأن ماتت بَطَلَ في حَقِّ الولد أيضاً(٢).

قال في «التهذيب»: لأنه يَتْبَعُهَا في [حق](٣) العتق لا في الصِّفَةِ، بخلاف التَّدْبِيرِ، فإنه يتبعها في التدبير، فيبقى فيه وإن بَطَلَ فيها.

وقال ابن الصَّبَّاغ: الفَرْقُ بينه وبين التَّدْبِيرِ أن الشَّرْطَ دخول الأُمِّ الدار، وإذا ماتت فَاتَ ذلك الشَّرْطُ [والشرط](٤) في المدبر صَوْتُ السيد، ولم يفت ذلك في حَقِّ الوَلَدِ إلاَّ أن يكون قد عَلَّقَهُ بفعل نفسه أو غيرها، فيكون كالمُدَبَّرَةِ، وبُطْلاَنُ التعليق بموت السيد كَبُطْلاَنِهِ بموتها، وقضية ما ذكره الشيخ أبو مُحَمَّدٍ: ألاَّ يبطل التعليق فيه ببطلانه فيها.

ولو قال لِأَمَتِهِ: أنت حُرَّةٌ بعد موتي بعشر سنين مَثَلاً، فإنما تُعْتَقُ بعد مُضِيِّ تلك المُدَّةِ من يوم المَوْتِ فإن أَتَتْ بولد قبل مَوْتِ السَّيِّدِ فهل يتبع الأُمَّ في حُكْمِ الصفة؟

فيه القولان؛ وإن أَتَتْ به بعد مَوْتِ السيد وقبل مُضِيِّ المدة؛ فقد نَصَّ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أنه يَتْبَعُهَا في حكمها، وفيه طَرِيقَانِ للأصحاب:

أحدهما: أنه على القَوْلَيْنِ، كما قبل الموت، وإنما أَجَابَ على أحد القولين.

والثاني: القَطْعُ بأنه يَتْبَعُهَا؛ لأن سبب العِتْقِ قد تَأَكَّدَ ها هنا؛ إذ ليس للوارث التَّصَرُّفُ فيه، وإبطال العتق، فصارت كالمُسْتَوْلَدَةِ، وقبل الموت كان السَّيِّدُ بِسَبِيلٍ من البيع والإِبْطَالِ، وذكر على هذا أن الوَلَدَ يعتق من رَأْسِ المال، كما في المُسْتَوْلَدَةِ. وأما ولد المُدَبَّرَةِ، فلا يؤثر فيه تَدْبِيرُ أبيه، بل يَتْبَعُ الأم في الرِّقِّ والحرية.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ وَالمُدَبَّرَةُ حَامِلٌ عُتِقَ مَعَهَا حَمْلُهَا، وَإِنْ كَانَتْ حَاملاً عِنْدَ التَّدْبِيرِ فَفِي السِّرَايَةِ إِلَى الجَنِينِ وَجْهَانِ، فَلَوْ تَنَازَعَا وَقَالَتْ: وَلَدتُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ فَيَتْبَعُنِي وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، وَلَوْ تَنَازَعَ الوَارِثُ وَالمُدَبَّرُ فِي مَالٍ فِي يَدِهِ فَادَّعَى أَنَّهُ اكْتَسَبَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَجْلِ اليَدِ، وَلَوْ قَالَتْ: وَلَدتُ الوَلَدَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ فَهُوَ حُرٌّ فَالقَوْلُ قَوْلُ الوَارِثِ إِذْ لاَ يَدَ عَلَى الوَلَدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في هذه البقية مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: ما ذكرنا في وَلَدِ المُدَبَّرَةِ مَفْرُوضٌ فيما إذا حَدَثَ الولد بعد التدبير،

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: العتق بدلاً من الولد أيضاً.
(٣) سقط في: ز.
(٤) سقط في: ز.

وانفَصَلَ قبل موت السَّيِّدِ، فأما: إذا كانت المُدَبَّرَةُ حَامِلاً عند موت السيد، عتقَ معها الحَمْلُ، بلا خلاف، كما لو أعتق جَارِيَةً حَامِلاً، فإن لم [يحتملها][1] الثلث حاملاً، عُتِقَ منها قَدْرُ الثلث. وكذا المُعَلَّقُ عِتْقُهَا بالصفة، لو كانت حَامِلاً عند وجود الصِّفَةِ، عتق الحَمْلُ معها. ولو كانت الجَارِيَةُ حاملاً عند التدبير، ففيه طريقان:

أحدهما: أنه يبنى حكمه على أن الحَمْلَ هل يُعْرَفُ؟ وفيه قولان: إن قلنا: يعرف ـ وهو الأَصَحُّ ـ فيكون الوَلَدُ مُدَبَّراً أيضاً.

وإن قلنا: لا يعرف، ففيه القولان المَذْكُورَانِ في الوَلَدِ الحادث.

وأَصَحُّهُمَا: القطع بكونه مُدَبَّراً، سواء قلنا: إن الحَمْلَ يعرف أو لا يعرف كما يدخل في البيع بلا خِلاَفٍ، وقد ذكر أنه لَيْسَ ذلك على سَبِيلِ السِّرَايَةِ، ولكن اللفظ يَتَنَاوَلُهُ [وإنما][2] يعرف كونه موجوداً يوم التَّدْبِيرِ، إذا أتت به لما دون سِتَّةِ أشهر، فإن أتت به لأكثر من أَرْبَعِ سنين من وَقْتِ التدبير، فهو حادث لا مَحَالَةَ، وإن أتت به المُدَّتَيْنِ، فينظر أَلَهَا زَوْجٌ يفترشها أم لا؟ وقد سبق مِثْلُهُ في مواضع.

فإن كان لها زَوْجٌ قد فَارَقَهَا قبل التدبير، وأتت بِوَلَدٍ لما دون أربع سنين من وَقْتِ الفِرَاقِ فيه قولان:

قال في «التهذيب»: أصحهما: أنه يجعل موجوداً يوم التَّدْبِيرِ، كما يجعل موجوداً في ثُبُوتِ النَّسَبِ من الزَّوْجِ. إذا ثبت التدبير في الحمل، ثم انفصل، فَرُجُوعُ السَّيِّدِ عن التدبير في أَحَدِهِمَا لا يرفع التدبير في حَقِّ الآخر، كما ذكرنا في الوَلَدِ المنفصل.

وإن رجع قبل الانْفِصَالِ عن تدبير الحَمْلِ، وجَوَّزْنَا الرجوع عن التدبير ارْتَفَعَ التَّدْبِيرُ فيه، ويبقي في الأُمِّ. وفي وجه: لا يجوز الرُّجُوعُ عنه ما دَامَ حَمْلاً، مع بَقَاءِ التدبير في الأم، وإن رَجَعَ في تدبير الأُمِّ، نُظِرَ إن قال: رَجَعْتُ عن تَدْبِيرِهَا دون تَدْبِيرِ الوَلَدِ، فلا يخفى الْحُكْمُ، وإن أَطْلَقَ، فوجهان:

أحدهما: أنه يَتْبَعُهَا في الرجوع، كما يتبعها في التَّدْبِيرِ.

وأصحهما: المَنْعُ، كالرجوع بعد الانْفِصَالِ ويخالف التَّدْبِيرُ؛ لأن فيه مَعْنَى العِتْقِ، وللعتق قُوَّةٌ وغَلَبَةٌ لا تُنْكَرُ.

وإذا رجع في تدبيرها دون الوَلَدِ، ثم أتت بِوَلَدٍ لما دون سِتَّةِ أشهر، من وقت الرُّجُوعِ فهو مُدَبَّرٌ، وإن أَتَتْ به لأكثر من ذلك، ولها زَوْجٌ يَفْتَرِشُهَا لم يكن مُدَبَراً؛ لأنه لا يعلمَ حُصُوله قبل الرجوع عن تدبيرها.

---

(١) في ز: يحملها.

(٢) في ز: دائماً.

ولو دَبَّرَ الحَمْلَ من البَطْنِ وحده جاز، كما لو أَعْتَقَهُ، ولا يَتَعَدَّى إلى الأم. وإذا مات السيد عتق الحَمْلُ دون الأم، فإن باع الأم، فقد قيل: إن قَصَدَ به الرُّجُوعَ حصل الرُّجُوعُ وصح البيع [في الأم والولد(١) وإن لم يقصد لم يصح البيع](٢) في الولد، ويصير كأنه اسْتَثْنَاهُ، وإذا لم يَصِحَّ في الولد لم يَصِحَّ في الأُمِّ على الظاهر كما لو باع جَارِيَةً حامِلاً بِحُرٍّ، والأَصَحُّ صحة البَيْعِ فيهما، وحصول الرجوع قَصْداً ولم يَقْصِدْ، كما لو باع مُدَبَّرَةً، ونسي التدبير يصح البيع، ويحصل الرجوع.

وقوله في الكتاب: «ففي السِّرَايَةِ إلى الجنين وجهان»، مَقْصُودُهُ ما قد تَبَيَّنَ، ولكن قد يُنَاقَشُ في لفظ «السِّرَايَةِ» لما قد قيل: إن ذلك على سبيل تَنَاوُلِ اللفظ له على وجه السِّرَايَة والتعدي من الشخص إلى المشخص(٣).

فرع:

إذا دَبَّرَ أَمَتَهُ، وقلنا: «ولد المدبرة» مدبر، وجوزنا الرجوع عن التدبير بالقول، فقال: إذا وَلَدَتْ أو كلما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره لم يَصِحَّ الرُّجُوعُ فإذا أولدت(٤) مُدَبَّراً حتى يرجع بعد الوِلاَدَةِ؛ لأن الرجوع في التدبير إنما يَصِحُّ بعد ثُبُوتِ حُكْمِ التدبير للولد، وليس له حكم التدبير قبل الوِلاَدَةِ، فأشبه ما إذا قال: إذَا دَبَّرْتُكَ فقد رجعت عن تَدْبِيرِكَ لا يصح الرجوع.

المسألة الثانية: إذا قلنا: ولد المُدَبَّرَةِ مُدَبَّرٌ، فتنازع السيد والمدبرة في الولد، فقال السَّيِّد: وَلَدَتْهُ قبل التدبير فهو قِنٌّ وقالت: بل بعده، فَيُقَدَّمُ السَّيِّدُ بيمينه؛ لأن الأَصْلَ بقاء مِلْكِهِ في وَلَدِ أَمَتِهِ، وعدم التدبير.

ولو جرى هذا الاخْتِلاَفُ مع الوَارِثِ بعدما مَاتَ السَّيِّدُ، فقال الوارث: وَلَدَتْهُ قبل التدبير. وقالت: بَعْدَهُ، وعتق بموت السيد فالمُصَدَّقُ الوارث.

قال في «التهذيب»: وتُسْمَعُ دَعْوَاهَا لولدها حسبة(٥) حتى لو كانت قِنَّةً(٦)، وادَّعَتْ على السيد أنك دَبَّرْتَ وَلَدِي تسمع.

---

(١) وتصحيح صحة البيع تابع فيه الإمام، ونسبه في البيان للشيخ أبي حامد وأكثر الأصحاب سواء نوى الرجوع أم لا؛ لأن البيع لا يفتقر إلى النية لكن نص الشافعي في الأم في باب تدبيرها في البطن على خلافه فقال: وإذا دبر ما في بطن أمته ليس له بيعها إلا أن يريد ببيعها الرجوع عن التدبير. انتهى ولهذا قال الماوردي والبغوي: عليه بطلان البيع، ونقله في البحر وقال: هذا أصح عندي.

(٢) سقط في: أ.

(٣) في أ: الشخص.

(٤) في ز: إذا ولد.

(٥) في أ: حينئذ.

(٦) في أ: فيه.

ولو قالت المدبرة: وَلَدْتُهُ بعد موت السَّيِّدِ فهو حُرٌّ.

وقال الوارث: قبل التدبير. فالمُصَدَّقُ الوارث أيضاً، والتنازع على هذا التصوير يجري وإن لم نَقُلْ بأن ولد المدبرة يَتْبَعُ الأم في التدبير.

وعن أبي الحُسَيْنِ بن القَطَّانِ: تخريج وجْهٍ في الصورة الأخيرة[1] أنه يصدق المدبرة؛ لأنها لم تسلمه لِلْوَرَثَةِ يَداً ولا مِلْكاً. والظاهر الأَوَّلُ وهو المَذْكُورُ في الكتاب.

ولو كان في يَدِ المُدَبَّرِ مال، فقال: اكْتَسَبْتُهُ بعد موت السَّيِّدِ، وقال الوارث: بل قَبْلَهُ فهو لِي، صُدِّقَ المدبر بيمينه؛ لأنه صاحب يَدٍ في المال، فرجح جانبه باليد، بخلاف ما إذا كان التَّنَازُعُ في الولد فإنها تزعم حُرِّيَّتَهُ، والحر لا يدخل تحت اليَدِ.

ولو أقام كل واحد منهما بَيِّنَةً على [أن هذا][2] ما يقوله تُرَجَّحُ بَيِّنَةُ المُدَبَّرِ لاعْتِضَادِهَا باليد.

ولو أقام الوَارِثُ بَيِّنَةً على أن هذا المَالَ كان في يَدِ المُدَبَّرِ في حياة السيد، وقال المدبر: كان في يَدِي، لكنه كان لفلان فَمَلَكْتُهُ بعد موت السيد، فيصدق المُدَبَّرُ أيضاً. نص عليه، وعَلَّلَ بأن البَيِّنَةَ لم تتعرض إلاَّ لِلْيَدِ، وبأن البَيِّنَةَ تشهد بِيَدٍ متقدمة، ويَدُ المُدَبَّرِ ثَابِتَةٌ في الحال. وإذا تَنَازَعَ السيد والمستولدة في ولدها وَلَدَتْهُ قبل الاستيلاد، أو بعده، أو الوارث والمستولدة [هل][3] ولدته قبل موت السَّيِّدِ، أو بعده فهو على ما ذكرنا في تَنَازُعِ السيد والمُدَبَّرَةِ.

وإذا قلنا سِرَايَةِ الكتابة إلى الوَلَدِ، فقالت المُكَاتَبَةُ: وَلَدْتُهُ بعد الكتابة، وقال السَّيِّدُ: بل قبلها، فالمُصَدَّقُ السَّيِّدُ أيضاً كذلك حكاه الصَّيْدَلاَنِيُّ وغيره.

وذكر القاضي ابْنُ كَجٍّ وَجْهاً آخَرَ ورجحه أن يصدق المُكَاتَبَة، وفَرَّقَ بأن المكاتبة يَثْبُتُ لها اليَدُ على نفسها وولدها، والمُدَبَّرَةُ لا يَدَ لها على نفسها ولا وَلَدِهَا، ولو اختلف السيد والمُكَاتَبُ في المال، فالمُصَدَّقُ المكاتب، كما ذكرنا في المدبرة.

فروع:

دَبَّر عَبْدَهُ، ثم ملّكه أَمَةً فَوَطِئَهَا، وأولدها يبنى ذلك على أن العَبْدَ هل يملك بالتمليك؟ إن قلنا: لا يملك، فالولد للسيد، ويثبت نَسَبُهُ من العَبْدِ، ولا حَدَّ عليه؛ لِلشُّبْهَةِ، ويحكى هذا عن نَصِّهِ في «الأم». وإن قلنا: يملك بالتمليك، فالجَارِيَةُ للمدبر، والولد لا يحكم له بالحرية فإنه حَصَلَ من رَقِيقَيْنِ، وبأَيِّهِمَا يُلْحَقُ؟

فيه وجهان لابن سريج:

---

(١) في ز: الأخرى.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: أو.

أحدهما: أنه يتبع الأُمَّ ويكون رَقِيقاً للسيد.

والثاني: يتبع الأَبَ، فيكون مُدَبّراً، كما أن الحُرَّ إذا أولد أَمَتَهُ يكون الولد مُلْحَقاً به في الحرية.

جارية بين شريكين دَبَّرَاهَا، ثم أتت [بولدٍ فَادَّعَاهُ][(١)] أحدهما، فهو ابنه، ويضمن نِصْفَ [قيمتها][(٢)]، ونِصْفَ قيمته ونصف عقرها لشريكه وأخذ قيمتها يكون رُجُوعاً في التدبير.

وعن القاضي أبي الطَّيِّب أنه قال: عِنْدِي لا يقوّم نَصِيبُ الشريك عليه إلاَّ بِرِضَاهُ، لأنه قد ثبت له حَقُّ الوَلاَءِ فيه[(٣)] قول المدبر في حياته أو بعد موته: «رددت التدبير» لغوٌ لا يَقْدَحُ في التدبير.

---

(١) في ز: بولدها فأرعاه.

(٢) سقط في: ز.

(٣) هذا الفرع حكاه في البحر عن نص الأم ثم حكى مقالة القاضي أبي الطيب قال: وعليه إذا دبره ثم أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر وجب أن لا يقوم نصيب شريكه عليه إلا برضاه وقد ذكرنا فيه قولين. وقال القاضي أبو حامد: وفي قيمة الولد قول ثان أنها لا تلزمه. قال في الأم: ولو ألقت الولد الذي ادعى أنه منه لم يكن له قيمة، وهذا لا يختلف مذهبه فيه.

كِتَابُ الكِتَابَةِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَهِيَ عَقْدٌ لَيسَ بِوَاجِبٍ وَلَكِنْ يُسْتَحَبُّ إِنْ اْلْتَمَسَ العَبْدَ وَكَانَ أَمِيناً قَادِراً عَلَى الكَسْبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَمِيناً لَمْ يُسْتَحَبُّ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الكَسْبِ فَفي اْلاَسْتِحْبَابِ وَجْهَانِ.

[قَالَ الرَّافِعِيُّ]: ذكر الأئِمَةُ ـ رحمهم الله ـ أن الكِتَابَةَ[1] مَأْخُوذَةٌ من الكَتْبِ وهو الضَّمُّ والجَمْعُ؛ يقال: كَتَبْتُ البَغْلَةَ، إذا ضَمَمْتُ بين شَفْرَيْهَا بِحَلْقَةٍ أو سَيْرٍ.

وكَتَبْتُ القِرْبَةَ، إذا أَوْكَيْتُ رَأْسَهَا. ومنه الكِتَابَةُ؛ لما فيها من ضَمِّ بَعْضِ الحروف إلى بَعْضٍ والكتيبة لانْضِمَامِ بعضهم إلى بعض.

فسمي هذا العَقْدُ كِتَابَةً لما ينضم فيه النَّجْمُ إلى النَّجْمِ.

وقيل: سميت كِتَابَةً؛ لأنها تُوَثَّقُ بالكِتَابَةِ من حيث إنها مُؤَجَّلَةٌ مُنَجَّمَةٌ، وما يدخله الأَجَلُ يُسْتَوْثَقُ بالكتابة. ولذلك قال تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة ـ ٢٨٢] قالوا: وعَقْدُ الكِتَابَةِ خَارِجٌ عن قِيَاسِ المُعَامَلاَتِ من جِهَةِ أنها دائرة

---

(١) وهي بكسر الكاف على الأشهر.
لغة: الضمن والجمع، لأن فيها ضم نجم إلى نجم، والنجم يطلق على الوقت الذي يحل فيه مال الكتابة.
وشرعاً: عقد عتق بلفظها بعوض منجم بنجمين فأكثر. نهاية المحتاج ٨/ ٤٠٤.
ولفظها إسلامي لا يعرف في الجاهلية، وهي معدولة عن قواعد المعاملات من وجوه:
الأول: أن السيد باع ماله بماله لأن الرقبة والكسب له.
الثاني: يثبت في ذمة العبد لمالكه مال ابتداء.
الثالث: يثبت الملك للعبد، فإن هذا العقد يقتضي تسليطه على المالك مع بقائه على الرق، لكن جوزها الشارع لمسيس الحاجة فإن العتق مندوب إليه والسيد قد لا يسمح به مجاناً والعبد لا مال له يفدي به نفسه، فإذا علق عتقه بالكتاب استفرغ الوسع وتناهى في تحصيل الاكتساب لإزالة الرق، فاحتمل الشرع فيها ما لا يحتمل في غيرها كما احتمل الجهالة في ربح القرض وعمل الجعالة للحاجة.

بين السَّيِّدِ وعَبْدِهِ، وأن العِوَضَيْنِ للسيد، وأن المُكَاتَبَ على رُتْبَةٍ متوسطة بين الرِّقِّ والحرية، فليس له اسْتِقْلاَلُ الأَحْرَارِ، ولا عَجْزُ المماليك، ولذلك تكون تَصَرُّفَاتُهُ مُتَرَدِّدَةً بين الاسْتِقْلاَلِ ونَقِيضِهِ، ولكن الحَاجَةَ دَاعِيَةٌ إليها، فإن السيد قد لا تسمح نَفْسُهُ بالعِتْقِ مَجّاناً والعبد [قد يستمر][1] لِلْكَسْبِ استمراره إذا علق عتقه بالتحصيل والأداء، فاحتمل الشَّرْع فِيهِ ما لم يحتمل في غيره، كما احتمل [الجُعَالة][2] في رِبْحِ القِرَاضِ، وعمل الجُعَالَةِ.

والأصل فيه الإِجْمَاعُ. وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾ [النور ـ ٣٣] وما روي من أنه ﷺ قال:

«مَنْ أَعَانَ غَارِماً أَوْ غَازِياً أَوْ مُكَاتَباً فِي كِتَابَتِهِ أَظَلَّهُ اللَّهُ يَوْمَ لاَ ظِلَّ إِلاَّ ظِلُّهُ»[3].

وأنه قال: «المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ».

ولا يجب على السيد أن يكاتب عبده بحال، كما لا يجب أن يدبر عبده وأن يشتري قريبه وعن رواية صَاحِبِ «التقريب» قول: إن الكِتَابَةَ وَاجِبَةٌ إن طلبها العبد؛ لقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور ـ ٣٣] والمذهب الأَوَّلُ، وإلاَّ بَطَلَ أَثَرُ المِلْكِ، واحتكم المَمَالِيكُ على المالكين نعم تُسْتَحَبُّ الإجابة إذا طَلَبَهَا العَبْدُ إذا كان أَمِيناً قادراً على الكَسْبِ، وبهما فَسَّرَ الشَّافِعِيُّ ـ رضي الله عنه ـ «الخير» في قوله تعالى: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾ [النور ـ ٣٣].

واعتبرت القُدْرَةُ على الكَسْبِ لِيتمكن من تَحْصِيلِ ما يؤديه، والأَمَانَة، لئلا يضيع ما يحصله ويصرفه إلى السيد فَيُعْتَقُ، فإن فُقِدَ الشرطان معاً لم تُسْتَحَبَّ الكتابة؛ لأنه يقوى رجاء العِتْقِ بها، وقد يجزم بالاستقلال أولاً[4] ويعجز نفسه آخراً، ولكنها لا تُكْرَهُ فَعَسَاهَا تُفْضِي إلى العِتْقِ.

وقال أحمد: تُكْرَهُ، وبه قال أبو الحُسَيْنِ بْنُ القَطَّانِ[5].

وإن فُقِدَتِ الأَمَانَةُ، وقدر على الكَسْبِ لم تُسْتَحَبَّ أيضاً؛ لأنه لا يوثق به.

وفي «الكافي» للروياني وجه: أنها تُسْتَحَبُّ، ولكن الاسْتِحْبَابَ ها هنا دون

---

(١) سقط في: ز. (٢) في ز: الجهالة.

(٣) رواه الحاكم [٢/ ٢١٧] من حديث سهل بن حنيف به بلفظ: من أعان مجاهداً في سبيل الله، أو غارماً في عسرته، أو مكاتباً في رقبته، أظله الله يوم لا ظل إلا ظله، والبيهقي [١٠/ ٣٢٠] عنه به.

(٤) قال الحافظ: رواه مالك في الموطإ عن نافع عن ابن عمر موقوفاً، ورواه ابن قانع من طريق أخرى عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً، وأعله.

(٥) في ز: حالاً.

الاسْتِحْبَابِ فيما إذا اجتمع الوَصْفَانِ. وحكاه القاضي ابْنُ كَجٍّ أيضاً، فيجوز أن يُعَلَّمَ لذلك قوله في الكتاب «لم تستحب» بالواو. وإن لم يَقْدِرْ على الكَسْبِ، ولكن كان أَمِيناً ففي الاسْتِحْبَابِ وجهان: مَذْكُورَانِ في الكتاب:

أحدهما: يُسْتَحَبُّ؛ لأنه إذا عرفت أَمَانَتُهُ أُعِينَ بِالصَّدَقَاتِ فيعتق.

وأظهرهما: المنع، لِتَعَذُّرِ رَجَاءِ العتق بما لا يتوظف ولا يوثق به.

وإذا طلب السَّيِّدَ الكِتَابَةَ لم يجبر العَبْدُ عليه.

وروى القاضي ابْنُ كَجٍّ أن عند مالك الجَبْرَ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَهَا أَرْكَانٌ وَأَحْكَامٌ النَّظَرُ الأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهَا وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الأَوَّلُ؛ الصِّيغَةُ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: كَاتَبْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فِي نَجْمَيْنِ فَصَاعِداً إِنْ أَدَّيْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ، فَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالتَّعْلِيقِ وَنَوَىٰ كَفَىٰ، وَلاَ يَكْفِي مُجَرَّدُ لَفْظِ الكِتَابَةِ دُونَ صَرِيحِ التَّعْلِيقِ أَوْ نِيَّتِهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلفٍ فَقَبِلَ عُتِقَ فِي الحَالِ وَالأَلْفُ في ذِمَّتِهِ، وَلَوْ قَالَ إِنْ أَعْطَيْتَنِي أَلْفاً فَأَنْتَ حُرٌّ فَأَعْطَى مِنْ مَالِ غَيْرِهِ إِذْ لاَ مَالَ لَهُ هَلْ يُعْتَقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا يُعْتَقُ فَهَلْ يُرْجِعُ إِلَى قِيمَةِ الرَّقَبَةِ وَيَتْبَعُهُ الكَسْبُ كَمَا فِي الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ أَوْ هُوَ تَعْلِيقٌ مَحْضٌ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ بَاعَ العَبْدُ مِنْ نَفْسِهِ صَحَّ وَلَهُ الوَلاَءُ، وَقِيلَ: لاَ وَلاَءَ لَهُ أَصْلاً لِأَنَّهُ عُتِقَ عَلَى نَفْسِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَدّ أركان الكتابة أَرْبَعَةٌ:

أحدهما: الصِّيغَةُ؛ وهي أن يقول لِعَبْدِهِ: كَاتَبْتُكَ على أَلْفٍ مثلاً تؤديه إِلَيَّ في نَجْمَيْنِ أو أكثر، فإذا أديت فأنت حُرٌّ. فيقول العبد: قَبِلْتُ[1] ولو لم يصرح بِتَعْلِيقِ الحرية بالأداء، ولكن نَوَاهُ بقلبه: كاتبتك على كذا، صَحَّتِ الكتابة أيضاً، وإن لم يُصَرِّحْ بالتعليق ولا نَوَاهُ لم تَصِحَّ الكتابة، ولم يحصل العِتْقُ.

---

(١) قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: يستثنى منه أي من عدم الكراهة ما إذا كان فاسقاً يضيع ما يكسبه في الفسق واستيلاء السيد عليه يمنعه من ذلك فتكره كتابته، وقد ينتهي الحال إلى التحريم.
وقال في القوت: لا يبعد أن يقال إن كان العبد فاسقاً أو سراقاً والأمة فاجرة عاهرة، وفي معناها الأمرد الممكن من دبره وعلم السيد أنه لو كاتبهما مع العجز عن الكسب لوقعا بالكسب بالطرق المشار إليها أنه لا يجوز له لما يتضمنه من التمكين من الفساد والإعانة على غير السداد وكذلك العبد الزاني والشرّيب وغلب على ظنه أن كل ما يكتسبه يصرفه إليهما أنه يحرم إجابته إلى الكتابة، انتهى.

(٢) قال الأذرعي: أي ونحو ذلك من ألفاظ القبول كغيرها من العقود، ويشترط القبول على الفور كما في البيع وغيره من المفاوضات وهذا في الناطق، أما الأخرس المفهم فتكفي إشارته كسائر عقوده وهل يكفي كتابة غير المفهم كما يكفي إشارة المفهم، فيه نظر ولم أر فيه شيئاً.

ومن الأصحاب من خَرَّجَ من التدبير قَوْلاً: أن لفظ «الكتابة» صريح مُغْنٍ عن التَّصْرِيحِ بالتعليق وَنِيَّتِهِ. وقد ذكرنا في التدبير.

وَلْيُعْلَمْ قوله في الكتاب: «ولا يكفي مجرد لفظ الكتابة دون صريح [التعليق](١) ونيته» مع الواو بالحاء والألف؛ لأنه صريح عندهما، ووراء هذا شيئان:

أحدهما: عن أبي إِسْحَاقَ أنه إن كان الرَّجُلُ فَقِيهاً صَحَّتْ كِتَابَتُهُ لمجرد اللفظ، وإلاَّ فَلاَ بُدَّ من التعليق أو نِيَّتِهِ.

وفي «تَعْلِيقَةِ الشيخ أبي حَامِدٍ» بِنَاءُ هذا التفصيل على الفَرْقِ بين التدبير والكتابة بأن التدبير مَشْهُورٌ عند الخَوَاصِّ والعَوَامِّ، والكتابة لا يعرفها إلاَّ الخَوَاصُّ، وقد سَبَقَ هذا في «التَّدْبِيرِ»، وذكر أن أبا إِسْحَاقَ قال على هذا: لو كان الرَّجُلُ حَدِيثَ عَهْدٍ بالإسلام، أو جَاهِلاً بالأحكام لا يعرف التدبير، لا يَنْعَقِدُ تدبيره بمجرد لفظ التدبير حتى يُضَمَّ إليه نِيَّةٌ أو زِيَادَةُ لفظ.

والثاني: حكى الصَّيْدَلاَنِيُّ عن بعض الأَصْحَابِ إذا ذكر ما تتميز به الكتابة عن المُخَارَجَةِ كفى مثل أن يقول: تعاملني أو أَضْمَنُ لك أَرْشَ الجِنَايَةِ، أو تستحق مني الإيتاء، أو من الناس سَهْمَ الرِّقَابِ، كفى ذلك ولا حَاجَةَ إلى تَعْلِيقِ الحرية بالأَدَاءِ، ويُؤَيِّدُهُ ما ذكره الإِمَامُ أن قوله ها هنا: «إذا أديت فأنت حر»؛ ليس المَقْصُودُ منه التَّعْلِيقُ على الحقيقة، وإنما هو نُطْقٌ بمضمون العقد على الغالب والغَرَضُ كله(٢) إِزَالَة التَّرَدُّدِ في لفظ «الكتابة». [ولذلك قد](٣) يحصل العِتْقُ بِغَيْرِ الأَدَاءِ، ويكتفي بالنية [من غير لفظ التعليق، ولو كان التعليق مقصوداً لبعد حصوله بالنية](٤) ولا يكفي قوله: كَاتَبْتُكَ بحالٍ، كما إذا قال: بِعْتُكَ كذا، ولم يذكر العِوَضَ.

ثم في الفصل مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: إذا قال: أنت حر على أَلْفٍ، فقبل العَبْدُ، عتق في الحال، ويثبت الألف في ذِمَّتِهِ، وهو كما لو قال لِزَوْجَتِهِ: أنت طَالِقٌ على ألف فَقِبَلَتْهُ.

ولو قال: إن أعطيتني ألفاً أو إن أَدَّيْت إليّ أَلْفاً فَأَنْت حر فلا يمكنه أن يعطي مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، فإنه لا يملك شَيْئاً، فهو كما لو قال لِزَوْجَتِهِ: إن أَعْطَيْتِنِي ألفاً فَأَنْتِ طَالِقٌ، فأتت بألف مَغْصُوبٍ.

وقد ذكرنا في «الخُلْعِ» وجهين في وُقُوعِ الطلاق، والأظهر أنه لا يَقَعُ، ففي

---

(١) في ز: العتق.
(٢) في أ: أن.
(٣) في ز: وكذلك.
(٤) سقط في: ز.

حُصُولِ العِتْقِ ها هنا إذا أعطى من مَالِ غَيْرِهِ مِثْلُ ذلك الخِلاَفِ فإن فَرَّعْنَا على أنه يعتقُ، فعن الشيخ أبي عَلِيٍّ رِوَايَةُ وَجْهَيْنِ في «شرح التلخيص» في أن سَبِيلَ هذه المُعَامَلَةِ سَبِيلُ الكتابة الفاسدة، أو هي تَعْلِيقٌ مَحْضٌ:

أحدهما: أنها كالكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ، حتى يَرُدَّ السيد ما أخذ، ويرجع على العَبْدِ بقيمة رَقَبَتِهِ حتى يتبعه [الكسب][(١)] والأولاد الحاصلة بعد التَّعْلِيقِ.

والثاني: أنه لَيْسَ لها حُكْمُ الكتابة الفَاسِدَةِ وعلى هذا فَوَجْهَانِ:

أحدهما: أنه يَرْجِعُ على العبد بقيمة رَقَبَتِهِ.

كما أنه إذا قال لِزَوْجَتِهِ: إن أَعْطَيْتِنِي أَلْفاً، فأعطته ألفاً مَغْصُوباً، وقلنا بوُقُوعِ الطَّلاَقِ، فإنه يرجع عليها.

والثاني: أنه لا رُجُوعَ له، والذي جرى مَحْضُ تَعْلِيقٍ، ويخالف الزوجة، فإنها أَهْلُ الْتِزَامِ وَقْتَ المُخَاطَبَةِ، والعَبْدُ ليس أَهْلاً له. قال في «الوسيط»: الظاهر أنه لا رُجُوعَ لِلسَّيِّدِ بالقيمة، وأنه لا يتبعه [الأكساب][(٢)] والوَلَدُ.

الثانية: إذا قال لِعَبْدِهِ: بِعْتُ منك نَفْسَكَ بكذا، فقال: اشتريت، أو قال العَبْدُ: بِعْنِي نفسي بكذا فقال: بِعْتُ. صَحَّ البَيْعُ، وثبت المَالُ في ذِمَّتِهِ، وعتقَ في الحال، كما لو أَعْتَقَهُ على مَالٍ. هذا ظاهر المَذْهَبِ.

وعن نقل الربيع، أو تَخْرِيجِهِ قَوْلٌ: أنه لا يَصِحُّ البيع؛ لأن السيد لا يُبَايِعُ عَبْدَهُ؛ ألا ترى أنه لا يبيع منه مَالاً آخر، وأيضاً فإن البَيْعَ لإِثْبَاتِ المِلْكِ، وهو لا يملك نَفْسَهُ واختلفوا فيه؛ فمن الأصْحَابِ مَنْ أَثْبَتَ هذا قَوْلاً آخر، [منهم][(٣)] أبو حامد القَاضِي، والشيخ، ومنهم مَنْ جَعَلَهُ من [كيس الربيع][(٤)]، وقَطَعَ بالأول، ويحكى ذلك عن أبي إِسْحَاقَ، وابن أبي هُرَيْرَةَ. إذا قلنا بِصِحَّةِ البَيْعِ، وحُصُولِ العِتْقِ، فللسيد الوَلاَءُ عليه كما لو أَعْتَقَهُ على مَالٍ. وفيه وجه آخر مَذْكُورٌ من قَبْلُ.

ولو أَقَرَّ السَّيِّدُ بأنه بَاعَ منه نَفْسَهُ، وأنكر العَبْدُ، عتق العَبْدُ بإقرار السيد، وحَلَفَ العَبْدُ أنه لم يشتر ولا شَيْءَ عليه.

ولو قال: بِعْتُكَ نَفْسَكَ بهذه العَيْنِ، أو بِخَمْرٍ، أو خِنْزِيرٍ فإن صَحَّحْنَا بَيْعَهُ منه [وأَثْبَتْنَا][(٥)] الوَلاَءَ للسيد، فيعتق[(٦)]، وعلى العبد قِيمَةُ رَقَبَتِهِ؛ كما لو قال: أعتقتك على

---

(١) في ز: الاكتساب.
(٢) في ز: الاكتساب.
(٣) في ز: منهما.
(٤) سقط في: ز.
(٥) سقط في: ز.
(٦) وهو يوهم أن في صحة البيع بهذه الأشياء خلافاً، ولا يمكن في ذلك لكن مراده فإن صححنا بيعه بثمن صحيح في ذمته وفيه تنبيه على أنه إذا أبطلنا ذاك فهنا أولى.

خَمْرٍ، أو خِنْزِيرٍ. وإن قلنا: لا وَلاَءَ عليه فلا يَصِحُّ ولا يعتقُ، كما لو باعه من أَجْنَبِيٍّ بِخَمْرٍ، أو خنزير. ولو قال: وَهَبْتُ منك نَفْسَكَ، أو ملكتك نَفْسَكَ. فقبل عتق[١].

وعند أبي حَنِيفَةَ: يُعْتَقُ بلا قَبُولٍ. ولو أوصى له بِرَقَبَتِهِ، فإذا قَبِلَ بعد الموت عتقَ. واعلم أن الإِعْتَاقَ على عِوَضٍ وبَيْع العَبْد من نفسه يُشَارِكَانِ الكِتَابَةَ في أن كُلَّ وَاحِدٍ منهما يَتَضَمَّنُ إعْتَاقاً بعوض [ويفارقانها][٢] في الشروط والأحكام وهما عَقْدَانِ برأسهما.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الثَّانِي: العِوَضُ وَشُرُوطُهُ أَرْبَعَةٌ: (الأَوَّلُ) أَنْ يَكُونَ دَيْناً إِذْ لَوْ كَانَ عَيناً لَكَانَ مِنْ مِلْكِ غَيْرِهِ إِذْ لاَ مِلْكَ لَهُ، الثَّانِي الأَجَلُ فَلاَ تَصِحُّ الكِتَابَةُ الحَالَّةُ لِأَنَّهُ يَعْجِزُ عَقِيبَ العَقْدِ إِذْ لاَ بُدَّ مِنْ لَحظَةٍ فِي الاكْتِسَابِ إلاَّ أَنْ يَكُونَ نِصْفُهُ حُرّاً فَيَصِحُّ كِتَابَتُهُ بِغَيْرِ أَجَلٍ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ بَاعَ مِنَ المُفْلِسِ بِغَيْرِ أَجَلٍ بِثَمَنٍ يَزِيدُ عَلَى قِيمَةِ المِثْلِ فَيَعْجَزُ عَنْهُ وَلَكِنَّ الظَّاهِرَ صِحَّتُهُ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أحد شروط العِوَضِ في الكِتَابَةِ أن يكون دَيْناً فَيَلْتَزِمَهُ في الذِّمَّةِ، ثم يحصله فَيُؤَدِّيه.

وأما الأَعْيَانُ فإنه لا يَمْلِكُهَا حتى يُورِدَ العَقْدَ عليها.

والثاني: أن يكون مُؤَجَّلاً، ووجه اشْتِرَاطِ التَّأْجِيلِ بأمرين:

أحدهما: اتباع السَّلَفِ؛ فإنهم لم يَعْقِدُوا الكِتَابَةَ إلاَّ على عِوَضٍ مُؤَجَّلٍ.

والثاني: أن على تقدير الحُلُولِ تَتَوَجَّهُ المُطَالَبَةُ في الحَالِ، فهو عَاجِزٌ من الأَدَاءِ حينئذ، فيكون كالسَّلَمِ في شَيْءٍ لا يوجد عند المَحَلِّ.

واعْتُرِضَ على المعنى الثَّانِي؛ بأنه قد يُوصِي له بِمَالٍ لو قبل الكِتَابَةَ، ويَمُوتُ المُوصِي قبل عَقْدِ الكِتَابَةِ.

أو [يهب][٣] منه عَقِيبَ العَقْدِ، فلا يتحقق العَجْزُ؟

وأجيب عنه بأن نقول: الوَصِيَّةُ والهِبَةُ لا بد وأن تَتَأَخَّرَ عن قبول[٤] الكتابة، فيكون العِوَضُ لاَزِماً قبل القُدْرَةِ والتَّمَكُّنِ، وقد لا يَتَيَسَّرُ القَبُولُ.

---

(١) وقد ذكره البغوي واعتبر فيه أمرين أحدهما: أن يقبل في المجلس أي على الفور فإن تراخى لم يعتق، والثاني: أن يقصد التمليك فلو ذكره لا على قصد التمليك بل نوى به العتق فهو كتابة يعتق من غير قبولٍ ذكره بعض أصحابنا. انتهى وينبغي مراجعة السيد في أنه هل نوى العتق أم لا؟

(٢) في ز: ويقائها.

(٣) في ز: لو وهب.

(٤) في أ: قبل.

واعْتُرِضَ أيضاً بأنه لو جَرَى عَقْدُ الكتابة على قَدْرٍ من المِلْحِ وهما على مَمْلَحَةٍ، فيمكنه تَسْلِيمُ المِلْحِ عَقِيبَ عَقْدِ الكتابة وأُجِيبَ عنه بأنه لا يَمْلِكُ المِلْحَ ما لم يَأْخُذْهُ، والأخذ يَتَأَخَّرُ عن الكتابة، وقد يَعُوقُ عنه عَائِقٌ، ولو ملك شِقْصاً من عَبْدٍ بَاقِيهِ حُرٌّ [فكاتب مالاً][1] يَمْلِكُهُ منه حالاً، ففيه وجهان:

أظهرهما: المَنْعُ؛ اتِّبَاعاً لما جَرَى عليه الأَوَّلُونَ.

والثاني: أنه يجوز؛ لِأَنَّهُ قد يَمْلِكُ [ببعضه][2] الحُرِّ مَا يُؤَدِّيهِ، فلا يتحقق العَجْزُ في الحال، ويصح البَيْعُ من المُعْسِرِ، لأن الحُرِّيَّةَ مَظِنَّةُ القدرة، وإن لم يَمْلِكْ شَيْئاً آخَرَ، فإنه يقدر على أَدَاءِ الثَّمَنِ من المَبِيعِ، فإذا زَادَ الثَّمَنُ على قيمة المَبِيعِ، فالمَشْهُورُ الصِّحَّةُ أيضاً؛ لأنه قد يَجِدُ زبوناً يشتريه بقَدْرِ الثمن.

وعن رِوَايَةِ الشيخ أبي مُحَمَّدٍ وَجْهٌ: أنه لا يَصِحُّ البيع والحالة هذه.

وذكر القاضي ابْنُ كَجٍّ نَحْواً من هذا على سبيل الاحتمال، فقال: متى اشْتَرَى شيئاً في ذِمَّتِهِ، على أن يُؤَدِّيَهُ في الحال، ولم يقدر على ذلك، فلا يبعد أن يَبْطُلَ. وعن القاضي [الحُسين][3] ذِكْرُ وَجْهَيْنِ، فيما إذا أَسْلَمَ إلى المكاتب عَقِيبَ عَقْدِ الكتابة، ووجه الجَوَازِ [تقدرته][4] برأس المال، والخِلاَفُ قَرِيبٌ من الخلاف في البَيْعِ من المعسر، والبَيْعُ أَوْلَى بالصِّحَّةِ؛ لأن الثَّمَنَ يحتمل ما لا يَحْتَمِلُهُ المسلم فيه؛ ألا ترى أنه لا يَجُوزُ الاعْتِيَاضُ عنه وفي الاعْتِيَاضِ عن الثمن خِلاَفٌ.

وقوله في الكتاب: «ولو بَاعَ من المُفْلِسِ»، المراد من المُفْلِسِ ها هنا المُعْسِرُ الذي لا شَيْءَ له دُونَ المَحْجُورِ عليه لِحَقِّ الغُرَمَاءِ.

واعلم أنه يَلْزَمُ من اشْتِرَاطِ التأجيل اشْتِرَاطُ [الدَّيْنِيَّةِ][5]؛ لأن الأَعْيَانَ لا تقبل الأجل، فكان بسبيل من أن يستغنى عن ذِكْرِ الشرط الأول بذكر الشرط الثاني.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثُ: أَنْ يُنَجِّمَ نَجْمَيْنِ فَصَاعِدَاً؛ اتِّبَاعاً لِلسَّلَفِ، وَيَجُوزُ لَوْ كَاتَبَ عَلَىٰ خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ بَعْدَ الْعَقْدِ بِيَوْمٍ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ تُسْتَحَقُّ عَقِيبَ الْعَضْرِ، وَإِنَّمَا التَّأَخُّرُ بِالتَّوْفِيَةِ، وَلاَ يَضُرُّ الْحُلُولُ فِيهِ؛ لاتِّصَالِ الْقُدْرَةِ بِالْعَقْدِ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَىٰ خِدْمَةِ شَهْرَيْنِ؛ لِيَكُونَ كُلُّ شَهْرٍ نَجْماً، لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ مُسْتَحَقٌّ عِنْدَ الْعَقْدِ، وَلَوْ أَضَافَ اسْتِحْقَاقَ الشَّهْرِ الثَّانِي إِلَى الشَّهْرِ الثَّانِي، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَلَىٰ أَنْ يَخْدُمَهُ شَهْراً، عَتَقَ فِي

---

(١) في ز: مكاتب ما.
(٢) في ز: بتعقبه.
(٣) في ز: حسين.
(٤) في ز: يقدر به.
(٥) سقط في: ز.

الْحَالِ، وَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ، فَإِنْ تَعَذَّرَ، فَرَجَعَ إِلَىٰ قِيمَةِ الْمَنْفَعَةِ أَوْ قِيمَةِ الرُّتْبَةِ، فَعَلَىٰ قَوْلَيْنِ؛ كَمَا فِي بَدَلِ الْخُلْعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من شروط العِوَضِ في الكتابة «التَّنْجِيمُ» نَجْمَيْنِ فَصَاعِداً. وقال أبو حنيفة ومالك: تَصِحُّ الكِتَابَةُ على نَجْمٍ واحد لنا: أنه المَأْثُور عن الصَّحَابَةِ ـ رضي الله عنهم ـ فمن [بعدهم][1] عَمَلاً وقَوْلاً.

ويروى عن عُثْمَانَ ـ رضي الله عنه ـ أنه غَضِبَ على عَبْدٍ، فقال: لَأُعَاقِبَنَّكَ، ولأكاتبنك على نَجْمَيْنِ[2]، وفيه إِشْعَارٌ بأنه الغاية في التَّضْيِيقِ.

وعن عَلِيٍّ ـ كَرَّمَ الله وَجْهَهُ ـ أنه قال: الكِتَابَةُ على نَجْمَيْنِ[3] وقال [الماسرجسي][4]: رأيت أبا إِسْحَاقَ في مَجْلِسِ النَّظَرِ قَرَّرَ ذلك، فقال: كانت الصحابة ـ رضي الله عنهم يُسَارِعُونَ إلى القُرُبَاتِ والطَّاعَاتِ، فلو جازت الكِتَابَةُ على نَجْمٍ واحد لَبَادَرُوا إليها.

وعن ابن سُرَيْجٍ: الاحتجاج بما قَدَّمْنَا أن الكِتَابَةَ مُشْتَقَّةٌ من ضَمِّ النُّجُوم بَعْضِهَا إلى بَعْضٍ، وأقل ما يحصل به الضَّمُّ نَجْمَانِ، والمَعْنَى فيه: أن الكتابة عَقْدُ إِرْفَاقٍ، ومن تَتِمَّةِ الإِرْفَاقِ التَّنْجِيمُ، ولذلك ضُرِبَتِ الدِّيَةُ على العَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةً مُنَجَّمَةً [لِيَتَيَسَّرَ][5] عليهم الأَدَاءُ.

ومَنْ بعضه حُرٌّ، وبعضه رَقِيقٌ؛ هل يشترط في كِتَابَةِ الرقيق منه التَّنْجِيمُ، وتستثنى هذه الصورة؟

فيه وجهان كالوَجْهَيْنِ في اشتراط التَّأْجِيلِ فيها، وهل يجوز «أن يُكاتبَ على مَالٍ كَثِيرٍ إلى نَجْمَيْنِ طويل وقصير مع شَرْطِ أَدَاءِ الأكثر في النَّجْمِ الأقصر؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، لِتَحَقُّقِ الإِمْكَانِ، كما لو أسلم إلى مُعْسِرٍ في مال كثير.

والثاني: المَنْعُ؛ لأن ما يندر الاقْتِدَارُ عليه يلحق في المعاملات بالمعجوز عنه؛

---

(١) في ز: تقدمهم.

(٢) رواه البيهقي [١٠/ ٣٢٠ ـ ٣٢١ ـ ٣٢٨] من طريق مسلم بن أبي مريم عن رجل قال: كنت مملوكاً لعثمان، فذكره مطولاً، وفيه قصة للزبير معه.

(٣) قال ابن أبي شيبة عن عباد بن العوام عن حجاج عن حسين [عن الشعبي عن الحارث] عن علي: قال إذا تتابع على المكاتب نجمان، فلم يؤد نجومه، رد إلى الرق.
قوله: اشتهر عن الصحابة ومن بعدهم قولاً وفعلاً الكتابة على نجمين، رواه البيهقي [١٠/ ٣٤٢] من فعل عثمان وابن عمر، وقد ذكره المصنف عن علي كما ترى.

(٤) في ز: الماسرجي.

(٥) سقط في: ز.

ألا تَرَى أنه يَبْطُلُ السَّلَمُ فيما يَعِزُّ وُجُودُهُ، كما يَبْطُلُ فيما [يُسْتَيْقَنُ][(١)] عَدَمُهُ، والوَجْهَانِ ظاهران على طَرِيقَةِ من يَقُولُ: يشترط التَّأْجِيلُ في الكتابة لتحصل القُدْرَةُ على الأَدَاءِ.

قال الإمام: ويمكن إِجْرَاؤُهُمَا مع الاعْتِمَادِ على اتباع الأولين، فعلى أحد الوَجْهَيْنِ يجوز لِحُصُولِ صُورَةِ التأجيل والتَّنْجِيم.

وعلى الثاني: لا يَجُوزُ، فإنا وإن اتَّبَعْنَا، فلا [يتكرر][(٢)] منهم معنى المُوَاسَاةِ، وإذا بَعُدَ الإِمْكَانُ بَطَلَتْ المُوَاسَاةُ، وهذا يناظر اختلاف القول في إِلْحَاقِ المَحَارِمِ بالأَجْنَبِيَّاتِ في اللَّمْسِ النَّاقِضِ للطَّهَارَةِ.

ثم في الفصل مسألتان:

إحداهما: يجوز أن يُجْعَلَ عِوَضُ الكتابة مَنْفَعَةً؛ كَبِنَاءِ دار أو خِيَاطَةِ ثَوْبٍ، وخِدْمَةِ شَهْرٍ، كما يجوز أن تُجْعَلَ المنافع ثَمَناً وأُجْرَةً.

وعن [مالك][(٣)] مَنْعُهُ، ولا يجوز أن يكتفي بِخِدْمَةِ شهر أو شهرين، أو سَنَةٍ عِوَضاً، وتقدر خِدْمَةُ كل عشرة أيام نَجْماً، أو خِدْمَةُ كل شهر من السَّنَةِ نَجْماً؛ لأن الجميع نَجْمٌ واحد، والمُطَالَبَةُ ثَابِتَةٌ به في الحال، إلاَّ أنه يوفى بِمُضِيِّ الزمان، ولو شرطا صَرِيحاً أن يكون خِدْمَةُ شهر نَجْماً، وخِدْمَةُ الشهر بعده نَجْماً آخر، فوجهان:

أصحهما: وهو المَنْصُوصُ في «الأم» ـ: المَنْعُ، لأن مَنْفَعَةَ الشهر الثاني مُتَعَيِّنَةٌ، والمَنَافِعُ المتعلقة بِالأَعْيَانِ لا يجوز أن يشرط تأخيرها.

الثاني: يجوز، واتِّصَالُ ابتداء الشَّهْرِ الثاني [بإنهاء][(٤)] الأول يُخْرِجُهُ عن أن يكون عَقْداً على المستقبل.

وهذا كالخِلاَفِ في إِجَارَةِ الدَّارِ السَّنَةَ القابلة، أو هو هو، فإن انْقَطَعَ مبتدأ المُدَّةِ الثانية عن مُنْقَرِضِ[(٥)] الأولى؛ كما لو كَاتَبَهُ على خِدْمَةِ شهر، وخِدْمَةِ شهر آخر بعد ذلك الشَّهْرِ بعشرة أيام لم يَجُزْ بلا خلاف. وينبغي أن تَتَّصِلَ الخِدْمَةُ وغيرها من المَنَافِعِ المتعلقة بالأَعْيَانِ بِعَقْدِ الكتابة ولا تَتَأَخَّرُ عنها.

وهذا كما أن عين المَبِيعِ لا تقبل التَّأْجِيلَ، وتأخير التسليم.

ولو كَاتَبَهُ في رَمَضَانَ على خِدْمَةِ شَوَّالٍ يجز[(٦)]، ولو كاتبه على دِينَارٍ يُؤَدِّيهِ في آخِرِ الشَّهْرِ، وعلى خدمة شهر بعد ذلك لم يَجُزْ.

---

(١) في ز: يستقر.
(٢) في ز: ينكر.
(٣) في ز: ملك.
(٤) في ز: بأنها.
(٥) في أ: مفرض.
(٦) في أ: ينجز.

وعن أبي حَنِيفَةَ: تَجْوِيزُهُ. وأما المَنَافِعُ الملتزمة في الذِّمَّةِ؛ كَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ معين، وبِنَاءِ جِدَارٍ موصوف، ودار مَوْصُوفَةٍ، فيجوز فيها التأجيل[1] ولو كَاتَبَهُ على بناء دَارَيْنِ، وجعل لكل واحدة منهما وَقْتاً معلوماً صَحَّت الكِتَابَةُ.

إذا تَقَرَّرَ ذلك، فلو قال: كَاتَبْتُكَ على خِدْمَةِ شهر من الآن، وعلى دِينَارٍ بعد انْقِضَاءِ الشهر بيوم أو شهر، جاز؛ لِحُصُولِ التأجيل والتَّنْجِيمِ.

ولو قال: على خِدْمَةِ شهر، ودِينَارٍ عند انْقِضَاءِ الشهر، فظاهر كلام الشَّافِعِيِّ ـ رضي الله عنه ـ أنه يَجُوزُ، بل عن نَصِّهِ في «الأم» أنه إذا شرط الدينار بعد الشَّهْرِ، أو معه كان جائزاً.

واختلف الأَصْحَابُ فيه على وجهين: وعن ابن سُرَيْجٍ [أن فيه قولين][2]:

أحدهما: وبه قال أبو إِسْحَاقَ: لا يجوز لأن اسْتِحْقَاقَ الدِّينَارِ يَتَّصِلُ بالفَرَاغِ من الخِدْمَةِ، فيصيران معاً كالنَّجْمِ الواحد، ويُحْكَى هذا عن اخْتِيَار أبي الطيب ابن سلَمة، والطبري والقَاضِي أبي حَامِدٍ [وهؤلاء حملوا][3] ظاهر كَلاَمِ الشَّافِعِيِّ ـ رضي الله عنه ـ على ما إذا قال: ودينار بعد العَقْدِ بيوم أو شهر، وغَلَّطُوا الرَّبِيعَ في رواية أو معه.

وأظهرهما: وبه قال ابْنُ أبي هُرَيْرَةَ، واختاره الشَّيْخَانِ أبو حامد والقَفَّالُ ـ: الجَوَازُ؛ لأن المَنْفَعَةَ مُسْتَحَقَّةٌ في الحال، والمدة لتقديرها والتَّوْفِيَة [بها][4]، والدينار إنما يُسْتَحَقُّ المُطَالَبَةُ به عند انْقِضَاءِ الشهر، وإذا اختلف الاستحقاق حصل التَّنْجِيمُ.

قالوا: ولا بَأْسَ بكون المَنْفَعَةِ حالة؛ لأن التَّأْجِيلَ يشترط لحصول القُدْرَةِ، وهو قادر على الاشْتِغَالِ بالخِدْمَةِ في الحال، بخلاف ما لو كَاتَبَ على دِينَارَيْنِ؛ أحدهما حال، والآخر مؤجل.

وبهذا يَتَبَيَّنُ أن الأَجَلَ ـ وإن كان يُطْلَقُ اشْتِرَاطُهُ في عِوَضِ الكتابة ـ فليس ذلك بِشَرْطٍ في المَنْفَعَةِ التي تقدر[5] على الشروع في تَوْقِيتَهَا في الحال.

ولو كَاتَبَهُ على خِدْمَةِ شَهْرٍ ودينار في أَثْنَاءِ الشهر، مثل أن يقول: ودينار بعد العَقْدِ بيوم، وهذه الصُّورَةُ هي المذكورة في الكتاب.

---

(١) ومفهومه أنه يجوز فيها الخلاف أيضاً وهو ظاهر إذا كان النجم الآخر دراهم أو دنانير وضرب له أجلاً وكان العبد ممن يحسن المنفعة أما إذا عقد على خدمة شهر وخياطة ثوب على وجه الحلول فيتجه البطلان لعدم التفرع للخياطة أو عقد على صناعة والعبد لا يعرفها فيشترط فيها التأجيل لا محالة.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: وهو.

(٤) في ز: فيها.

(٥) في ز: يقدر.

فعن أبي الحُسَيْنِ بن القَطَّانِ القَطْعُ بالمَنْع، والظاهر إِجْزاءُ الوجهين، والظاهر منهما الجَوَازُ، وهو المذكور في الكتاب، ويجوز أن يُعَلَّمَ قوله [في الكتاب](١):

«ويجوز لو كَاتَبَ على خِدْمَةِ شهر ودِينارٍ بعد العقد بيوم» مع الواو بالميم؛ لما قَدَّمْنَا من مَذْهَبِ مالك. ولو قال: على خدمة شَهْرٍ من وَقْتِ العَقْدِ وعلى خياطة ثوب مَوْصُوفٍ بعد انقضاء الشهر، فهو كما [لو](٢) قال: وعلى دينار بعد انْقِضَاءِ الشَّهْرِ.

وذكر في «التهذيب» أنه لاَ بُدَّ من بَيَانِ العَمَلِ في الخدمة إذا كاتب(٣) عليها.

وقال ابن الصَّبَّاغ: يكفي إِطْلاَقُ الخِدْمَةِ(٤)، نعم لو قال: على مَنْفَعَةِ شهر، فلا يجوز لاخْتِلافِ [المنافع](٥). وإذا كانت على الخِدْمَةِ والدِّينار، فَمَرِضَ في الشهر، وفَاتَتِ الخدمة انْفَسَخَتِ الكِتَابَةُ في قَدْرِ الخِدْمَةِ، وفي الباقي قيل: هو كما لو بَاعَ [عَبْدَيْنِ، فتلف](٦) أحدهما قبل القَبْضِ. ففي الباقي طريقان:

أحدهما: القَطْعُ بِبَقَاءِ العَقْدِ فيه.

والثاني: أن فيه قولين، وقيل: تبطل الكِتَابَةُ في الباقي بلا خلاف؛ لأن الكِتَابَةَ لا تَقِفُ على بعض العَبْدِ.

وهذا ما حكاه القَاضِي أبو الطَّيِّبِ.

المسألة الثانية: إذا قال لِعَبْدِهِ: أَعْتَقْتُكَ على أن تخدمني، أو على أن تَخْدُمَنِي أبداً، فَقَبِلَ العَبْدُ. عتقَ في الحال.

ويرجع السَّيِّدُ عليه بقيمته؛ لأنه لم يعتقه مَجَّاناً.

ولو قال: على أن تَخْدُمَنِي شَهْراً من الآن فَقَبِلَ عتق، وعليه الوَفَاءُ، فإن تَعَذَّرَ لِمَرَضٍ أو غيره، فرجع السَّيِّدُ عليه بأُجْرَةِ مِثْلِ الخدمة، وهي قيمة المَنْفَعَةِ، أو بقيمة العبد فيه قولان؛ كالقولين في الصَّدَاقِ، وبَذْلِ الخُلْعِ إذا تَلِفَا قَبْلَ القَبْضِ ولو قال: كَاتَبْتُكَ على أن تَخْدُمَنِي أبداً، فلا عِتْقَ.

ولو قال: على أن تَخْدُمَنِي شَهْراً، فقبل وخدمه [شهراً](٧) عتِقَ، ويرجع السيد

---

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: كانت.
(٤) ما ذكره البغوي جزم به الماوردي فقال: ويصف الخدمة بما يوصف به الإجازة وما قاله ابن الصباغ هو ظاهر النص قال: ويلزمه خدمة مثله.
(٥) في ز: المنابع.
(٦) في ز: عبد من متلف.
(٧) سقط في: أ.

عليه بِقِيمَتِهِ، والعبد على السيد بأُجْرَةِ مِثْلِ الخدمة؛ لأنها كِتَابَةٌ فَاسِدَةٌ، وإن خدمه أَقَلَّ من شهر لم يعتق. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعُ: إِعْلاَمُ الْقَدْرِ وَالأَجَلِ وَالنَّجْمِ وَتَمْيِيزِ مَحَلِّ كُلِّ نَجْمٍ، فَلَوْ كَاتَبَ عَلَى مِائَةٍ يُؤَدِّيهَا فِي عَشْرِ سِنِينَ لَمْ يَجُزْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ مَحَلُّ كُلِّ نَجْمٍ، وَلَوْ شَرَطَ فِي الكِتَابَةِ أَنْ يَشْتَرِيَ فَسَدَ، وَلَوْ كَاتَبَهُ وَبَاعَهُ شَيْئاً عَلَى عِوَضٍ وَاحِدٍ دُفْعَةً وَاحِدَةً فَسَدَ البَيْعُ، وَفِي الكِتَابَةِ قَوْلاَ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ، وَلَوْ كَاتَبَ ثَلاَثَةَ أَعْبُدٍ عَلَى أَلْفٍ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ فَالنَّصُّ الصِّحَّةُ، وَفِي شِرَاءِ ثَلاَثَةِ أَعْبُدٍ مِنْ ثَلاَثَةِ مُلاَّكٍ فَالنَّصُّ الفَسَادُ، وَفِي خُلْعِ نِسْوَةٍ وَنِكَاحِهِنَّ دُفْعَةً وَاحِدَةً بِعِوَضٍ وَاحِدٍ نَصَّ عَلَى قَوْلَيْنِ فَقِيلَ فِي الكُلِّ قَوْلاَنِ لِكَوْنِ العِوَضِ مَعْلُومَ الجُمْلَةِ غَيْرَ مَعْلُومِ التَّفْصِيلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه ثلاث مَسَائِلَ:

إحداها: لاَ بُدَّ من إِعْلاَمِ قدر العِوَضِ وصِفَتِهِ وأَقْدَارِ الآجَالِ وما يُؤَدِّي عند حُلُولِ كُلِّ أَجَلٍ؛ فإن كَاتَبَ على شيء من [الأثمان][1] كَفَى الإِطْلاَقُ، إن كان في البَلَدِ نَقْدٌ واحد أو نقود، والغَالِبُ فيها[2] واحد، وإلاَّ فَلاَ بُدَّ من التبيين والتمييز.

وإن كاتب على عِوَضٍ وَصِفَةٍ بالصفات المُعْتَبَرَةِ في السَّلَمِ. وعند أبي حَنِيفَةَ وأحمد: يَجُوزُ الإِطْلاَقُ، ويحمل العبد المطلق على عَبْدٍ وَسَطٍ.

ولو كاتب على عَيْنٍ وصفها على أن يُؤَدِّيَ نِصْفَهَا بعد انقضاء سَنَةٍ، والنِّصْفَ الآخَرَ بعد انْقِضَاءِ سنتين. لم يصح؛ لأنه إذا سَلَّمَ النِّصْفَ في السَّنَةِ الأولى تعين النصف الثاني [في الثانية][3]، والمعين لا يجوز شَرْطُ الأَجَلِ فيه، ولا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي الآجَالِ، ولا تساوي المَقَادِيرِ المُؤَدَّاةِ عند حُلُولِ الآجَالِ.

وإذا كَاتَبَهُ على مِائَةٍ، على أن يؤدي نِصْفَهَا، أو ثلثها عند انقضاء خَمْسِ سنين، والباقي عند تَمَامِ العَشْرِ، أو على أن يُؤَدِّيَ عند تَمَام كُلِّ سَنَةٍ عَشْرَةً. جَازَ.

ولو قال: تُؤَدِّي بعضها عند انْقِضَاءِ نِصْفَ المُدَّةِ، والبَعْضَ عند تَمَامِهَا، لم يُجُزْ.

ولو قال: تُؤَدِّيها في عشر سِنِينَ، لم يجز. وَوَجَّهُوهُ بمعنيين:

أحدهما: أنه كِتَابَةٌ إلى أَجَلٍ واحد.

والثاني: أن (من) لا تَقْتَضِي إلا الظَّرْفِيَّةَ، ولم يبين أنه يؤديها دُفْعَةً وَاحِدَةً، أو في دُفْعَاتٍ، ولا أنه يؤدي في أَوَّلِها، أو وَسَطِهَا، أو آخرها.

---

(١) في ز: الإيمان.

(٢) في ز: منها.

(٣) في ز: للثانية.

وفيه وجه: أنه يجوز ويُوَزَّعُ المَالُ على عَدَدِ السنين. ولو قال: في شَهْرِ كذا، أو في سَنَةِ كذا، فهو مَجْهُولٌ، أو يحمل على أوَّلِ الشهر، وأول السَّنَةِ؟

فيه وجهان، كما ذكر في «السَّلَمِ» مثلها، وكذا لو قال: في يوم كذا.

ولو قال: في وَسَطِ السَّنَةِ، فهو مَجْهُولٌ، أو يحمل على النِّصفِ؛ لأنه الوَسَطُ في الحقيقة. حكى القاضي الرُّويَانِيُّ في «الكافي» وجهين فيه.

ولو قال: يُؤَدِّيهَا إلى عَشْرِ سِنِينَ لم يَجُزْ؛ لأنه كتابة إلى أَجَلٍ واحد.

ولو قال: كَاتَبْتُكَ على مِائَةٍ تُؤَدِّيهَا إِلَيَّ في ثلاثة أشهر، قِسْطُ كُلِّ شهر عند انْقِضَائِهِ؛ نقل القاضي ابْنُ كَجٍّ عن ابن سُرَيْجٍ أنه يجوز.

وعن ابن هُرَيْرَةَ وغيره ـ رحمهم الله ـ المَنْعُ إذا لم يعلم حصة كل شهر في الحال.

وقوله في الكتاب: «إعلام القَدْرِ والأجل والنجم» كأنه يعني بالقَدْرِ جُمْلَةَ العِوَضِ وبـ«النجم» القَدْرَ المُؤَدِّي عند كل مَحَلٍّ، ويُشْبِهُ أن يقال: يكفي إِعْلاَمُ المؤدى عند كل محل، ويسهل فيه معرفة الجُمْلَةِ إذا أَرَادَهَا.

و«النجم» في الأَصْلِ الوَقْتُ، يقال: كَانَتْ العَرَبُ لا يعرفون الحِسَابَ، ويَبْنُونَ أُمُورَهُمْ على طُلُوعِ النجوم والمَنَازِلِ. فيقول أحدهم: إذا طلع نَجْمُ الثُّرَيَّا أَدَّيت من حَقِّك كذا [فسميت][1] الأَوْقَاتُ نُجوماً، ثم قد يسمى المؤدى في الوقت نَجْماً.

فرعان:

الأول: لو كاتب عَبْدَهُ على دِينَارٍ إلى شهر، ودِينَارَيْنِ إلى شهرين، على أنه إذا أَدَّى الدينار الأَوَّلَ عتق، ويؤدي الدينارين بعد العِتْقِ.

فعن ابن سُرَيْجٍ: أن في صِحَّة الكتابة قَوْلَيْنِ، وهما عند بعضهم القولان في أن الصَّفْقَةَ إذا جَمَعَتْ بين عَقْدَيْنِ مختلفين؛ هل يُحْكَمُ بِصِحَّتِهَا؟

وعند بعضهم مُتَأَصِّلاَنِ، ويوجه البُطْلاَنُ بأنه شَرَطَ ما يخالف قَضِيَّةَ الكتابة؛ لأن قَضِيَّتَهَا أن يعتقَ [بِأَدَاءِ][2] جميع النجوم دون البَعْضِ.

والصحة أنه لو كاتبه مُطْلقاً، وأَدَّى بَعْضَ المال، ثم أَعْتَقَهُ على أن يُؤَدِّيَ الباقي بعد العِتْقِ جاز، فكذا إذا شَرَطَهُ في الابتداء، كذلك نقله[3] ابن الصَّبَّاغِ وغيره ـ رحمهم اللَّهُ ـ.

---

(١) في ز: قسمت.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في أ: ذكره.

الثاني: هل يُشْتَرَطُ أن يُعَيِّنَ مَوْضِعَ تَسْلِيمِ النجوم؟

ذكر القاضي ابْنُ كَجٍّ أن فيه الخِلاَفَ المذكور في «السَّلَمِ». وذكر خِلاَفاً في أنه إذا عَيَّنَ مَوْضِعاً، فَخَرِبَ ذلك المَوْضِعُ يسلمها في ذلك المَوْضِعِ، أو في أقرب المواضع إليه[(١)].

فرع ثالث: إذا كَاتَبَ على مَالِ الغَيْرِ فَسَدَتِ الكِتَابَةُ خِلاَفاً لأبي حَنِيفَةَ في الدَّرَاهِمِ والدنانير، بناءً على أنهما لا [يتعينان بالتعيين][(٢)].

والمقصود من الإِشَارَةِ إليها المِقْدَارُ.

ثم قال الصَّيْدَلاَنِيُّ: إذا أذن بالمال في أن يُعْطِيَهُ سَيِّده، فأعطاه حصل العِتْقُ، وإن أَدَّى بغير إِذْنِ المالك لا يحصل العِتْقُ، بخلاف ما إذا قال: إن أَدَّيْتَ هذا إِلَيَّ فأنت حُرٌّ، فإنه إذا أَدَّاهُ عتق، وإن كان مُسْتَحِقاً؛ لأن ذلك مَحْضُ تعليق، وهذه كتابة تَقْتَضِي التَّمْلِيكَ وإذا وُجِدَ إِذْنُ المالك فقد وُجِدَ ما يقتضي الملك، لكنه يجب الرَّدُّ والرجوع إلى القيمة؛ لِفَسَادِ الكتابة على ما سنذكر إن شاء اللَّهُ ـ تعالى ـ في أحكام الكتابة الفَاسِدَةِ.

المسألة الثانية: إذا شرط في الكِتَابَةِ أن يَشْتَرِيَ العَبْدُ منه شيئاً، أو يَشْتَرِي هو من العَبْدِ. فَسَدَتِ الكتابة؛ لأنه شرط عَقْداً في عَقْدٍ. ولو كَاتَبَهُ وبَاعَهُ شَيْئاً على عِوَضٍ واحد، فإن قال: كَاتَبْتُكَ وبِعْتُ منك هذا الثَّوْبَ بمائة إلى شهرين؛ يُؤَدِّي منها خمسين عند الكتابة، أو قال: قبلتهما جميعاً؛ ففيه طريقان:

أحدهما: وبه قال صاحب «الإفصاح»: أنهما على القَوْلَيْنِ فيما إذا جمع في صَفْقَةٍ واحدة عَقْدَيْنِ مختلفي الحكم؛ ففي قول: يَصِحَّانِ.

وفي آخر: يَبْطُلاَنِ.

---

(١) قال الشيخ البلقيني ما ذكره عن ابن كج في هذا الفرع متعقب فإن باب السلم باب احتياط، فاعتبر فيه ما لا يعتبر في غيره، ولهذا لم يذكر أحد من الأصحاب ذلك في عين المبيع ولا في أجرة الإجارة ولا في صداق ولا خلع ولا صلح عن دم، فالكتابة كذلك، انتهى.
وقال في الخادم: إن نص الشافعي في الأم صريح في الاشتراط فإنه قال في باب ما يجوز عليه المكاتبة وإن كاتبه بعوض لم يجز إلا أن يكون العوض موصوفاً إلى أجل معلوم، وإذا كان لحمله مؤنة أنه لا بد من تعيين مكان التسليم وحكى الدارمي في المسألة طريقين:
إحداهما: علي قولين.
والثانية: بشرط أن يكون في بادية أو خراب يعني في موضع لا يصلح للتسليم، انتهى.

(٢) في ز: يبيعان التعيين. (٣) في ز: القضاء.

وأظهرهما - وهو المَذْكُورُ في الكتاب -: أن البَيْعَ بَاطِلٌ؛ [بتَقَدُّم][1] أحد شِقَّيْهِ على مَصِيرِ العَبْدِ من أَهْلِ مُبَايعة السيد، وإذا بطل البَيْعُ، ففي صِحَّةِ الكتابة قَوْلانِ؛ لأنه جمع في الصَّفْقَةِ الواحدة بين مَا يَجُوزُ وبين ما لا يجوز، كما لو باع عَبْدَهُ وعَبْدَ غيره.

فإن قلنا: تَصِحُّ الكِتَابَةُ، وهو الأَظْهَرُ، فتصح بجميع العِوَضِ في أَحَدِ القولين، وبِالقِسْطِ في أصحهما، فيوزع ما سَمَّاهُ على قيمة العَبْدِ، وقِيمَةِ الثوب فما يَخُصُّ العَبْدَ يلزمه في النَّجْمَيْنِ، فإذا أَدَّاهُ عتقَ.

فإن قال: إنها فَاسِدَةٌ، فعليه أَدَاءُ الجميع؛ لِتَحْصُلَ الصفة، فيعتق ثم يَتَرَاجَعَانِ.

قال الصَّيْدَلاَنِيُّ: ويحتمل أن يخرج قَوْلٌ آخر، وهو أنه إذا أَدَّى ما يَخُصُّ قِيمَتَهُ يعتق، ثم يَتَرَاجَعَانِ، وأدى الإِمَامُ الطريقين على نَسَقٍ آخر مع زِيَادَةٍ، فقال: يفسر البَيْعُ؛ لِسَبْقِ إيجَابِ البيع على تَمَامِ الكتابة. [وخرج][2] بعضهم فيه وَجْهاً: أنه يَصِحُّ، كما إذا قال: اشتريت عَبْدَكَ هذا بِأَلْفٍ، ورَهَنْتُ داري بالألف، فقال المُخَاطب: بِعْتُ وارْتَهَنْتُ، فإن النَّصَّ صِحَّةُ الرَّهْنِ مع تَقَدُّمِ إيجابه على لُزُومِ الدَّيْنِ، إلاَّ أن الرَّهْنَ من مَصَالِحِ البيع، فاحتمل مزجه به، وما نحن فيه بِخِلاَفِهِ، فإن أفسدنا البَيْعَ، ففي صحة الكِتَابَةِ قَوْلا تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ، وإن صَحَّحْنَاهُ فيتجه تَخْرِيجُهَا على القولين في الجمع بين عَبْدَيْنِ مختلفي الحكم، ولا يَجِيءُ هذا في الرَّهْنِ والبيع؛ لأن الرهن تابعٌ للبيع، ولذلك يجوز شَرْطُهُ في البيع، ولا يجوز شَرْطُ البيع في الكتابة.

الثالثة: إذا [كاتب][3] ثلاثة أَعْبدٍ في صَفْقَةٍ واحدة، فقال: كاتبتكم على أَلْفٍ إلى نجمين [معينين][4] فإذا أَدَّيْتُمْ فأنتم أَحْرَارٌ. فالنَّصُّ صِحَّةُ الكتابة، وإن اشترى ثَلاَثَةَ أَعْبُدٍ كل واحد منهم لواحد من مُلاَّكِهِمْ، فالحكاية عن النَّصِّ أن البيع بَاطِلٌ.

ولو خَالَعَ نِسْوَةً على عِوَضٍ وَاحِدٍ، أو نَكَحَ نِسْوَةً على صَدَاقٍ [واحد][5] ففي صحة المُسَمَّىٰ قولان نَصَّ عليهما، وقد سَبَقَ ذِكْرُ هذه الصور، وما [فيها][6] من طُرُقِ الأصحاب - رحمهم الله تعالى - في «كتاب الصَّدَاقِ» وهي مُكَرَّرَةٌ ها هنا.

التفريع: إن حكمنا بِفَسَادِ هذه الكِتَابَةِ، فلو أدوا المَالَ جميعه عتقُوا بحكم التَّعْلِيقِ، وإن أَدَّى بعضهم[7] حِصَّتَهُ؛ فهل يُعْتَقُ؟

فيه وجهان أو قولان: المَنْسُوبُ إلى نَصِّهِ في «الإملاء» أنه يعتقُ، ووجه بأن العتق

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: وصرح.
(٣) في ز: كانت.
(٤) سقط في: ز.
(٥) سقط في: ز.
(٦) في ز: منها.
(٧) في ز: أحدهم.

في الكتابة الفَاسِدَةِ مَحْمُولٌ على المُعَاوَضَةِ، ولذلك نقول بأن السَّيِّدَ والعبد يَتَرَاجَعَانِ على ما سيأتي. وقضية المُعَاوَضَةِ أن يعتق كل واحد منهم بأداء ما عليه.

وأَقْيَسُهُمَا ـ وهو الذي صَحَّحَهُ القاضي ابْنُ كَجٍّ، والقَفَّالُ وغيرهما ـ: أنه لا يُعْتَقُ؛ لأن الصفقة[1] لم تكمل، فَأَشْبَهَ ما إذا قال: إذا دَخَلْتُمُ الدار، فأنتم أَحْرَارٌ، فدخل بعضهم لا يعتقُ، ثم إن عتقَ يرجع على السَّيِّدِ بما أَدَّى، ويرجع السَّيِّدُ عليه بقيمته، والاعتبار بقيمة يَوْمَ العتق؛ لأن سَلْطَنَةَ السَّيِّدِ باقية إلى وَقْتِ العتق [لتمكنه][2] من فَسْخِ الكتابة الفَاسِدَةِ.

وإن قلنا: إنها صَحِيحَةٌ، وهو الأَظْهَرُ، وبه قال أبو حَنِيفَةَ ومالك، فَيُوَزَّعُ المَالُ المُسَمَّى على العَبِيدِ. وكيف يُوَزَّعُ؟

فيه قولان:

أصحهما: وقَطَعَ به قَاطِعُونَ أنه يُوَزَّعُ على قيمتهم، فإذا كانت قِيمَةُ أحدهم مِائَةً، وقيمة الثاني مائتان، وقيمة الثالث ثَلاثَمائة، فعلى الأَوَّلِ سُدُسُ المُسَمَّى، وعلى الثاني ثُلُثُهُ، وعلى الثالث نِصْفُهُ، والاعتبار بيوم الكتابة؛ لأن سَلْطَنَةَ السيد تَزُولُ يومئذ.

والثاني: نقله الصَّيْدَلانِيُّ والقاضي الحسين وغيرهما ـ رحمهم الله ـ أنه يُوَزَّعُ على عَدَدِ رُؤُسِهِمْ، وأجرى هذا القول في عِوَضِ الخُلْعِ والصَّدَاقِ، وقد ذكرناه هناك. وذكر الإمام: أنه [لو][3] طرده طَارِدٌ على ضعفه في البيعِ لم يَبْعُدْ. وإن قَضِيَّةَ الحكم بصحة العُقُودِ كلها لارتفاع الجَهَالَةِ والتَّرَدُّدِ، واختلاف الطُرُقِ إنما تجيء إذا حكمنا بالتَّوْزِيعِ على القِيَمِ؛ لأن ما على كل واحد منهم مَجْهُولٌ عند العَقْدِ، ثم كل واحد من العبيد يُؤَدِّي ما عليه إما على التَّفَاضُلِ أو التَّسَاوِي في النَّجْمَيْنِ، فإذا أَدَّى ما عليه عتقَ، ولم يتوقف عِتْقُهُ على أَدَاءِ غيره، وإن مات بعضهم أو عَجَزَ، فهو رَقِيقٌ وغيره يُعْتَقُ بِأَدَاءِ ما عليه، ولا ينظر إلى أن السَّيِّدَ عَلَّقَ عِتْقَهُمْ بأداء جميعهم، حيث قال: فإذا أديتم، فأنتم أَحْرَار، ولأن الكِتَابَةَ الصحيحة يَغْلِبُ فيها حُكْمُ المُعَاوَضَةِ والملك إذا أَبْرَأَ السَّيِّدُ المُكَاتَبَ عُتِقَ، وإذا مات لم تَبْطُلِ الكتابة، بخلاف التَّعْلِيقَاتِ.

وعن أبي حَنِيفَةَ ومالك ـ رحمهما الله ـ أنه لا يُعْتَقُ بعضهم بأَدَاءِ ما عليه، وإنما يُعْتَقُونَ معاً إذا أَدَّوْا جميع المال.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الثَّالِثُ: السَّيِّدُ وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُكَلَّفاً (ح) أَهْلاً لِلتَّبَرُّعِ فَلاَ

---

(١) في ز: الصفقة. (٢) في ز: لتلثه.
(٣) سقط في: ز.

يَصِحُّ (ح م) كِتَابَةُ قَيِّمِ الطِّفْلِ وَلاَ كِتَابَةُ المَرِيضِ إِذَا لَمْ يَفِ بِهِ الثُّلُثُ، وَلَوْ كَاتَبَ فِي الصِّحَّةِ وَوَضَعَ النُّجُومَ فِي المَرَضِ اعْتَبَرْنَا خُرُوجَ الأَقَلِّ مِنَ الثُّلُثِ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّقَبَةِ أَقَلَّ فَلَيْسَ لَهُمْ إِلاَّ ذَلِكَ لَوْ عَجَّزَ نَفْسَهُ، وَإِنْ كَانَتِ النُّجُومُ أَقَلَّ فَلَيْسَ لَهُمْ إِلاَّ ذَلِكَ، وَكَذَا لَوْ أَوْصَى بِإِعْتَاقِهِ أَوْ وَضَعَ النُّجُومُ أَقَلَّ فَلَيْسَ لَهُمْ إِلاَّ ذَلِكَ، وَكَذَا لَوْ أَوْصَى بِإِعْتَاقِهِ أَوْ وَضَعَ النُّجُومُ عَنْهُ، وَلَوْ أَقَرَّ فِي المَرَضِ بِقَبْضِ نُجُومِ كِتَابَتِهِ فِي الصِّحَّةِ قُبِلَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يعتبر في السَّيِّدِ لتَصِحَّ الكِتَابَةُ شيئان:

أحدهما: التكليف؛ فلا تَصِحُّ كتابة الصَّبِيِّ والمجنون بإِذْنِ الوَلِيِّ وبدون إِذْنِهِ، وكذا إِعْتَاقُهُمَا على مال.

وقال أبو حَنِيفَةَ: تجوز كِتَابَةُ المميز بإِذْنِ الوَلِيِّ.

والثاني: أن الكتابة تَبَرُّعٌ، واحتجوا له بِوَجْهَيْنِ:

أحدهما: أن المكاتب وكَسْبَهُ للسيد، فمقابلة أحدهما بالآخر تَزُولُ عن أحدهما بلا عِوَضٍ. واعترض عليه بأنه قد يكاتبه على أَضْعَافِ قيمته، [يبتدي الحر][(١)] في الاكتساب ليوقع الحرية، ويعان من الصَّدَقَاتِ، ولولا الكِتَابَةُ لكان الأَمْرُ بخلافه.

[وأجيب][(٢)]، بأنه قد يَتْلَفُ ما يَكْتَسِبُهُ، وما يأخذه من الصَّدَقَاتِ، ويعود إلى الرِّقِّ، فلا يحصل للسيد إلاَّ الرَّقَبَةُ وتفوت أكساب مدة الكتابة عليه.

والثاني: أن المُكَاتَبَ إذا عُتِقَ كان وَلاَؤهُ للسَّيِّدِ كالعِتْقِ مَجَّاناً؛ ولو كان ما يأخذه عِوَضاً مُحَقَّقاً لَمَا كَانَ الوَلاءُ له، كما لو أَعْتَقَهُ على عِوَضٍ بَذَلَهُ غيره، ويَتَعَلَّقُ بكون الكتابة تَبَرُّعاً، أنه لا يجوز لِوَلِيِّ الصَّبِيِّ والمَجْنُونِ أباً كان أو غيره أن يُكَاتِبَ عَبْدَهُمَا؛ لأنه ليس له التَّبَرُّعُ في مالهما، وكذلك لا يعتقُ عبدهما على مَالٍ، خلافاً لأبي حَنِيفَةَ ومالك ـ رحمهما الله ـ ولأحمد فيها وفي العِتْقِ على مَالٍ.

ولو أَدَّى العَبْدُ إلى الوَلِيِّ ما كاتبه عليه، لم يُعْتَقْ؛ لِبُطْلاَنِ التعليق.

وكذا لا تَصِحُّ كتابة السَّفِيهِ المحجور عليه، ولا يحصل العِتْقُ بتسليم المال إليه لا في حَالِ الحَجْرِ، ولا بعد ارْتِفَاعِهِ.

وعن الفوراني حِكَايَةُ خِلاَفٍ فيما إذا أَسْلَمَ المَالَ إليه في حال الحَجْرِ، ثم رفع الحجر أنه هل يُعْتَقُ بالتسليم السابق.

---

(١) في ز: فيبتدي الحد.

(٢) في ز: أوجب.

وإذا كاتب في مَرَضِ الموت اعتبرت قِيمَةُ العَبْدِ من الثلث، سواء كَاتَبَهُ بمثل قِيمَتِهِ، أو بما فوقها، أو بما دُونَهَا، وقد سبق ذِكْرُ هذا في «الوَصَايَا»، مع خلاف أبي حَنِيفَةَ فيه، فإن كان يملك عند المَوْتِ مِثْلَيْ قيمته، صَحَّت الكتابة؛ لِخُرُوجِهِ من الثلث، وإن لم يملك شَيْئاً سِوَاهُ، وأدّى النُّجُومَ في حَيَاةِ السَّيِّدِ، فإن كاتبه على مِثْلَيْ قيمته، عُتِقَ كُلُّهُ؛ لأنه يبقى لِلْوَرَثَةِ مِثْلاَهُ. وإن كاتبه على مِثْلِ قيمته، عُتِقَ منه ثُلُثَاهُ؛ لأنه إذا أخذ مائة وقيمته مائة، فالجملة مائتان، فينفذ التَّبَرُّعُ في ثلث المائتين، وهو ثلث المائة، وبخلاَفِ ما إذا باع [نسيئة] في مَرَضِ الموت بثمن المِثْلِ، وأخذ الثمن، حيث يصح البَيْعُ في الجميع؛ لأنه لو لم يبع لم يَحْصُلْ له الثَّمَنُ، وها هنا لو لم يكاتب فحصلت له أكْسَابُهُ.

وإذا كاتبه على مِثْلِ قيمته، وقَبَضَ نِصْفَ النُّجُوم، صَحَّت الكتابة في نصفه، وإن لم يُؤَدِّ النجوم حتى مات السَّيِّدُ، نُظِرَ إن لم يجز الورثة ما زاد على الثلث، فثلثه مُكَاتَبٌ، فإذا أَدَّى حِصَّتَهُ من النجوم عُتِقَ.

وهل يُزَادُ في الكتابة بقدر نِصْفِ ما أدى، وهو سدس العَبْدِ إذا كانت النجوم مثل القيمة؟ فيه وجهان عن ابن سُرَيْجٍ:

أظهرهما: وَيُنْسَبُ إلى النص لا؛ لأن الكتابة قد بطلت في الثُّلُثَيْنِ، فلا يعود.

والثاني: نعم؛ كما لو ظَهَرَ للميت دَفِينٌ، أو نَصَب شَبَكَةً في الحياة، فيعقل بها صَيْدٌ بعد الموت، فإنه يُزَادُ في الكتابة. والوجهان كالوجهين المذكورين في «كتاب الوَصَايَا» فيما إذا باع [نسيئة]، ورد الورثة ما زاد على الثلث، وأجاز المشتري، هل يزاد ما يَصِحُّ البيع فيه بأداء ثُلُثِ الثمن.

فإن قلنا: يزاد في الكتابة، وكان الأَدَاءُ بعد حلول النُّجُوم، فهل عليه حِصَّةُ السدس من النجوم في الحال، أو يُضْرَبُ له مِثْلُ المُدَّةِ التي ضربها المَيِّتُ أَوَّلاً؟

[فيه][1] وجهان [وهكذا] عَبَّرَ الصيدلاني وغيره عن الوَجْهِ الثاني.

وقال في «التهذيب»: هل يُمْهَلُ قَدْرَ الأَجَلِ المضروب؟

فيه وجهان والوجهان][2] مَبْنِيَّانِ على أن السيد إذا حَبَسَ المُكَاتَبَ مُدَّةً، هل يلزمه أن يُمْهِلَهُ من وقت حُلُولِ الأجل مِثْلَ تلك المدة؟ وسيأتي إن شاء الله ـ تعالى ـ الكَلاَمُ فيه. وإذا زيدت الكتابة بِقَدْرِ نِصْفِ الثلث، فإذا أَدَّى نُجُومَهُ فيزاد نصف السدس، وهكذا يزاد [نصف ما][3] يؤدي مَرَّةً بعد أخرى، إلى أن ينتهي إلى ما لا يقبل التَّنْصِيفَ.

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: نصفاً.

وإن قلنا: لا يُزَادُ في الكتابة، فالباقي قِنٌّ، ولا يخرج على الخلاف فيما إذا كاتب أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ من العَبْدِ [المشترك][1] فإن ذاك ابْتِدَاءُ كِتَابَةٍ، وها هنا [وردت][2] الكِتَابَةُ على الجميع، ثم دَعَتِ الحَاجَةُ إلى الإِبْطَالِ في البعض.

وحكى القاضي ابْنُ كَجٍّ عن بعض الأَصْحَابِ أنه يخرج صِحَّة الكتابة في الثلث، على الخلاف في كِتَابَةِ أَحَدِ الشريكين نَصِيبَهُ فإذا أجاز الوَرَثَةُ الكِتَابَةَ في جميعه صَحَّتِ الكِتَابَةُ في جميعه، وإذا أعتق بِأَدَاءِ النُّجُوم، فَوَلاَءُ الجميع للمورث، إن جعلنا إِجَازَتَهُمْ تَنْفِيذاً، وإن جَعَلْنَاهَا ابْتِدَاءَ عَطِيَّةٍ، فَوَلاَءُ الثلث للمورث، وَوَلاَءُ الثلثين لهم على قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ، وإن أَجَازُوا في بعض الثلثين، فإن جَعَلْنَا إِجَازَتَهُمْ تَنْفِيذاً صَحَّتِ الإِجَازَةُ فيما أَجَازُوا، وحكم الباقي على ما بَيَّنَّاه.

وإن جعلناه ابْتِدَاءَ عَطِيَّةٍ، فهو على الخِلاَفِ في تَبْعِيضِ الكتابة ويتبين بما ذكرنا أن قَوْلَهُ في الكتاب: «ولا كتابة المريض إذا لم يف به الثلث» ليس المُرَادُ منه أنها لا تَصِحُّ أَصْلاً، ولكن المراد أنها لا تَصِحُّ في جَمِيعِ العَبْدِ.

ولو كان له عبدان مُتَسَاوِيَا القِيمَةِ لا مَالَ له سواهما، فكاتب في مَرَضِ موته أَحَدَهُمَا، وباع الآخَرَ نسيئة، نُظِرَ إن جعلت النُّجُومُ والثمن في حَيَاتِهِ، فالكتابة والبَيْعُ صَحِيحَانِ، وإن لم تحصل حتى مات السَّيِّدُ، ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث صَحَّتِ الكِتَابَةُ في ثلث هذا، والبَيْعُ في ثلث هذا، فإذا حَصَلَتْ نجوم الثلث وثمن الثلث، فهل يُزَادُ في الكتابة والبيع؟

فيه الوجهان:

إن قلنا: نعم؛ يزاد فيهما جَمِيعاً، وتصح الكتابةُ في نِصْفِ السدس، والبَيْعُ كذلك.

وإن حصلت نُجُومُ الثلث، وثمن الثلث مَعاً صح كل واحد منهما من السدس.

ثم في الفصل مسألتان:

إحداهما: لو كاتب في الصِّحَّةِ، ثم أَبْرَأَهُ عن النجوم في المَرَضِ، أو قال: وضعت عنه النُّجُومَ، أو أعتقته، فإن خرج من الثلث عُتِقَ كله، وسَقَطَتْ عنه النُّجُومُ، وإلاَّ فإن لم يكن له مال سواه، فإن اختار العَجْزَ عُتِقَ ثلثه، ورُقَّ ثُلُثَاهُ وإن اختار بَقَاءَ الكِتَابَةِ؛ فإن كانت النُّجُومُ مِثْلَ القيمة، فأظهر الوجهين أنه يعتق ثلثه، وتبقى الكِتَابَةُ في الثلثين.

والثاني: وبه قال أبو عَلِيٍّ بْنُ أبي هُرَيْرَةَ، والطبري: أنه لا يُعْتَقُ ثلثه ما لم يُسَلِّم الثلثان لِلْوَرَثَةِ، إما بأداء نجوم الثلثين، أو بالعجز، وإن كان بين النُّجُومِ والقيمة

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: زادت.

[تفاوت](١)، فيعتبر خُرُوجُ الأَقَلِّ منهما من الثلث.

وقد ذكرنا جَمِيعَ ذلك ووُجُوهَهُ بطرق الحِسَابِ في «الوَصَايَا» واعلم أنه ينظر في الخروج من الثُّلُثِ إذا أعتقه في المَرَضِ، أو أَبْرَأَهُ عن النجوم في قيمة العَبْدِ، وفي النجوم، فإن خرج كل واحد منهما من الثُّلُثِ، نفذ عِتْقُهُ ولا إِشْكَالَ.

وإن تَفَاوَتَا وخرج أقلهما من الثلث دون الآخر، اعْتُبِرَ الأقل، فإن كان له سِوَى المُكَاتَبِ مائتان، وكانت القيمة مائة وخمسين والنجوم مائة فنخرج النجوم من الثلث، ونعتبرها ونَحْكُمُ بنفوذ العِتْقِ، أو كان الثمن مائة؛ [والنجوم مائة](٢) وخمسين فنخرج النُّجُومُ من الثلث، فنعتبرها ونحكم بِنُفُوذِ العِتْقِ، وإنما كان كذلك؛ لأن ملك السيد إنما يَسْتَقِرُّ على الأَقَلِّ منهما، فإن كانت النُّجُومُ أَقَلَّ، فالكتابة لاَزِمَةٌ من جِهَتِهِ، وقد ضعف مِلْكُهُ في المُكَاتَبِ، وليس له إلاَّ المُطَالَبَةُ بالنجوم التي صَارَتْ عِوَضاً. وإن كانت القِيمَةُ أَقَلَّ، فهي التي تخرج من مِلْكِهِ، وللعبد إِسْقَاطُ النُّجُومِ بأن يُعَجِّزَ نفسه.

وإن لم يَخْرُجْ واحد منهما من الثلث، فإن كان يَمْلِكُ سوى المُكَاتَبِ خمسين، فيضم أَقَلُّهُمَا إلى الخمسين، وينفذ العِتْقُ في ثلثهما من العَبْدِ، فإذا كانت القِيمَةُ مائة وخمسين، والنجوم مائة ضَمَمْنَا النجوم إلى الخمسين، ونفذنا العِتْقَ في ثلثهما، وهو نِصْفُ العبد، وتبقى الكِتَابَةُ في نِصْفِهِ الآخر بنصف النجوم، فإن أَدَّاهُ إلى الوَرَثَةِ عُتِقَ، وإن عجز فلهم رَدُّهُ إلى الرِّقِّ، وإن كان يملك سوى المُكَاتَبِ مائة والقيمة والنجوم كما صَوَّرْنَا، فَيُعْتَقُ ثلثاه، وتبقى الكِتَابَةُ في ثلثه بثلث مَالِ الكتابة [وإن كانت القيمةُ مائة، والنُّجُومُ مائة وخمسين، فكذلك يُعْتَقُ ثلثاه، وتبقى الكِتَابَةُ في ثلثه بثلث مَالِ الكتابة](٣) وهو خمسون.

قال ابْنُ الصَّبَّاغِ: وعندي أنه إذا أَدَّت النجمين، فقد زَادَ مال السيد؛ لأنه ثَبَتَ هذا المَالُ بِعَقْدِ السيد، وورث منه، فينبغي أن يزيد ما يَعْتِقُهُ منه.

ولو أَوْصَى السَّيِّدُ بِإِعْتَاقِ مُكَاتَبِهِ، أو بِإِبْرَائِهِ، أو وضع النجوم عنه، فينظر أَيَخْرُجُ من الثلث أو لا يخرج؟ ويكون الحكم كما لو أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ أو أَبْرَأَهُ بنفسه، إلاَّ أن ها هنا نَحْتَاجُ إلى [إِنْشَاءِ](٤) إعتاق، أو إِبْرَاءِ بعد موت السيد.

الثانية: إذا كاتب في صِحَّتِهِ، وقبض النجوم في مَرَضِ الموت، أو قبضها وارثه بعد المَوْتِ صَحَّ القَبْضُ وإن كانت الكِتَابَةُ من رَأْسِ المال؛ لأنه أَقَرَّ بما يقدر على إِنْشَائِهِ، ولأن الإِقْرَارَ لغير الوارث لا فَرْقَ فيه بين الصِّحَّةِ والمرض.

(١) في ز: تقارب.
(٢) سقط في: ز.
(٣) سقط في: ز.
(٤) سقط في: ز.

وقوله في الكتاب: «فقبض نُجُومَ مُكَاتَبِهِ في الصحة» لا ينبغي أن يعلق قوله: «في الصحة» بالقبض؛ فلا فَرْقَ أن يكون القَبْضُ المُقِرُّ به في الصحة أو في المرض، ولكن التعلق بقوله: «فكاتبه» فإن الكِتَابَةَ ينبغي أن تَقَعَ في الصِّحَّةِ ليكون الاعْتِبَارَ من رَأْسِ المال.

قال الصَّيْدَلاَنِيُّ: فَأَمَّا إذا كانت الكِتَابَةُ في المَرَضِ، فأصل الكتابة من الثلث، فلا يفيد الكَلاَمُ في أن الإقْرَارَ كيف يقبل، بل يقبل[1] فيما صَحَّحْنَا فيه الكِتَابَةَ. والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَأَمَّا المُرْتَدُّ فَيُبْنَىٰ كِتَابَتُهُ عَلَى أَقْوَالِ المِلْكِ، وَالكَافِرُ تَصِحُّ كِتَابَتُهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ العَبْدُ قَدْ أَسْلَمَ وَخُوطِبَ بِبَيْعِهِ وَكَاتَبَ فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ كَاتَبَ ثُمَّ أَسْلَمَ العَبْدُ فَفِي ٱلانْقِطَاعِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَى بِأَنْ يَدُوم الكِتَابَةُ، وَالحَرْبِيُّ تَصِحُّ (ح م) كِتَابَتُهُ وَلَكِنْ لَوْ قَهَرَهُ السَّيِّدُ عَادَ مِلْكُهُ قَبْلَ ٱلعِتْقِ وَبَعْدَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا يشترط لِصِحَّةِ الكِتَابَةِ إِسْلاَمُ السيد، بل تَصِحُّ كتابة الكَافِرِ في الجملة، كما يصح إعْتَاقُهُ، ثم فيه مَسَائِلُ:

إحداها: ذكرنا في «التَّدْبِيرِ» أن تدبير المُرْتَدِّ عَبْدَهُ مَبْنِيٌّ على أقوال [الملك][2] في المرتد، ولو [كاتب المرتد][3] عبده، ففيه طريقان:

أحدهما: وبه قال ابْنُ القَطَّانِ، وابن الوَكِيلِ، وَرَجَّحَهُ أبو إسحاق ويُحْكَى عن اختيار الشيخ أبي حَامِدٍ: إن كانت الكِتَابَةُ على الأقوال أيضاً، فإن قلنا بِزَوَالِ مِلْكِ المُرْتَدِّ فهي بَاطِلَةٌ، وإن قلنا بِبَقَائِهِ فصحيحة، وإن قلنا بالتَّوَقُّفِ فهي موقوفة أيضاً.

والثاني وبه قال القاضي أبو حَامِدٍ: أنه ليس في الكِتَابَةِ إلاَّ القولان الأَوَّلاَنِ، ولا يجيء فيها التَّوَقُّفُ؛ لأن الكتابة عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، والعقود لا تُوقَفُ على أَصْلِ الشافعي - رضي الله عنه - بخلاف التَّدْبِيرِ، فإنه تَعْلِيقُ عِتْقٍ، والتعاليق تقبل الإغرار ومن نصر الأول قال الشَّافِعِيُّ - رضي الله عنه -: لا يصح العَقْدُ للمالك مَوْقُوفاً على إجَازَتِهِ ورِضَاهُ. فأما انعقاد العَقْدِ مَوْقُوفاً على ما سَيَظْهَرُ وَيَنْكَشِفُ، فإنه يجوزه؛ ألا ترى أن تَصَرُّفَ المريض بالهِبَةِ والبَيْعِ بالمُحَابَاةِ يَنْعَقِدُ موقوفاً على إجَازَةِ الوَرَثَةِ.

وأيضاً فإن تَصَرُّفَ المُفْلِسِ ينعقد مَوْقُوفاً على أحد القَوْلَيْنِ وقد يُؤَدِّي غَرَضَ الطريقين بِعِبَارَةٍ أَقْصَرَ من هذه، فيقال: إن قلنا بِزَوَالِ مِلْكِ المُرْتَدِّ، لم تَصِحَّ الكِتَابَةُ، وإن قلنا بِبَقَائِهِ صَحَّت، وإن قُلْنَا بالوَقْفِ، فعلى الجديد والقديم أن العُقُودَ؛ هل توقف؟ ثم ما مَوْضِعُ الخِلاَفِ على اختلاف الطريقين فيه طرق:

---

(١) في أ: يفيد.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: كانت.

أَشْبَهُهَا: وهو الذي أَوْرَدَهُ الرُّويَانِيُّ وغيره ـ رحمهم الله ـ أن مَوْضِعَ الخلاف ما إذا [لم يحجر الحاكم عليه، وقلنا: لا يحصل الحَجْرُ بنفس الرِّدَّةِ، فأما إذا][1] كان في حَالِ الحَجْرِ، فلا تصح الكِتَابَةُ بِحَالٍ.

والثاني: في كلام القاضي ابْنِ كَجٍّ: أنا إذا قلنا: يصير مَحْجُوراً بنفس الرِّدَّةِ، ولم يَحْجُرِ الحَاكِمُ عليه، فَتَصِحُّ كتابته بلا خِلاَفٍ.

والثالث: ويحكى عن ابن سلمة وابن القَطَّانِ طَرْدُ الخِلاَفِ في الحَالَتَيْنِ، ويخرج من هذه الاخْتِلاَفَاتِ في كتابة المُرْتَدِّ وجوه أو أقوال خمسة:

أحدها: أنها مَوْقُوفَةٌ.

الثاني: صِحَّتُها.

الثالث: صحتها قبل الحَجْرِ خَاصَّةً.

والرابع: بُطْلاَنُهَا.

والخامس: بطلانها بعد الحَجْرِ خَاصَّةً.

والأَشْبَهُ بالتَّرْجِيحِ على ما أَوْرَدَهُ صاحب «التهذيب» ها هنا وفي باب [الردة][2] الوجه الرَّابعُ.

وعن القاضي أبي حَامِدٍ: أن الأَظْهَرَ الثاني، وهو اختيار [المزني][3] التَّفْرِيعُ: إذا لم نحكم بِحُصُولِ الحَجْرِ بالرِّدَّةِ، ولم يحجر الحاكم عليه، وصَحَّحْنَا الكِتَابَةَ؛ فلو دَفَعَ المُكَاتَبُ النُّجُومَ إليه عُتِقَ، وكان له وَلاَؤُهُ، وتكون النجوم مِلْكَهُ؛ لأنا حكمنا بِبَقَاءِ مِلْكِهِ على هذا القول.

وإن أَفْسَدْنَا الكِتَابَةَ، لم يصح الأَدَاءُ؛ لأنه مِلْكٌ للمرتد، ولا يحصل العِتْقُ.

وإن قلنا: هي مَوْقُوفَةٌ؛ فالأَدَاءُ أيضاً موقوف، فإن هَلَكَ على الرِّدَّةِ بَانَ بُطْلاَنُهَا، وكان العبد قِنّاً، وإن صَارَ السَّيِّدُ مَحْجُوراً عليه بنفس الرِّدَّةِ، أو بِحَجْرِ الحاكم، فإن أفسدنا الكتابة فعلى ما ذكرنا فيما إذا لم يَكُنْ مَحْجُوراً عليه، فإن صَحَّحْنَاهَا، وقلنا بالتوقف، فلا يجوز دَفْعُ النُّجُومِ إليه؛ لأن المَحْجُورَ عليه لا يَصِحُّ قَبْضُهُ، بل ينبغي أن يَدْفَعَهَا إلى الحَاكِمِ، فإن دَفَعَهَا إلى السَّيِّدِ يعتق ويَسْتَرِدُّهَا، ويَدْفَعَهَا إلى الحاكم، فإن تَلِفَتْ وتَعَذَّرَ الاسْتِرْدَادُ؛ فإن كان معه ما يفي من النُّجُومِ، ودفعه إلى الحاكم فَذَاك، وإلاَّ فَلَهُ تَعْجِيزُهُ.

---

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

ثم إن هَلَكَ السَّيِّدُ على الرِّدَّةِ بعدما عَجَّزَهُ، فهو رَقِيقٌ، وإن أَسْلَمَ فَهَلْ يُلْغَى التَّعْجِيزُ؟ فيه قولان، أو وجهان:

أحدهما: لا، كما لو كان المَحْجُورِ عليه بالسَّفَهِ دَيْنٌ على غيره فَأَخَذَهُ وتَلِفَ عنده، ثم زال الحَجْرُ لا يُحْسَبُ المأخوذ عليه، ولا ينقلب قَبْضُهُ صحيحاً بِزَوَالِ الحَجْرِ.

وأصحهما: وهو المَنْصُوصُ في «المختصر»: نعم؛ لأن المَنْعَ من التسليم [إليه][1] إنما كان لِحَقِّ المُسْلِمِينَ فإذا أَسْلَمَ فقد سَقَطَ حَقُّ المسلمين، وصار الحَقُّ له، فَيُعْتَدُّ بِقَبْضِهِ، وعلى هذا فَيُعْتَقُ لو كان قد دفع إليه جَمِيعَ النجوم.

وحكى القاضي ابْنُ كَجٍّ وَجْهاً: أنه لا يُعْتَقُ، ولا ينقلب القَبْضُ الممنوع منه صحيحاً، ولكن يَبْقَى مُكَاتَباً، فَيَسْتَأْنِفُ الأَدَاءَ ويمهل [مدة][2] الردة. والمَشْهُورُ؛ الأول.

ولو كاتب المُسْلِمُ عَبْداً ثم ارْتَدَّ، لم تَبْطُلْ كِتَابَتُهُ، كما لا يبطل بَيْعُهُ ورَهْنُهُ بالرِّدَّةِ، ولكن لا يَجُوزُ دَفْعُ النجوم إليه إن قلنا: إن مِلْكَهُ زَائِلٌ، أو صار مَحْجُوراً عليه، فإن دَفَعَهَا إليه، فعلى ما ذكرنا.

ويجوز كِتَابَةُ العَبْدِ المُرْتَدِّ، كما يجوز بَيْعُهُ وَتَدْبِيرُهُ وإعْتَاقُهُ، ثم إن أَدَّىٰ النُّجُومَ في رِدَّتِهِ من أَكْسَابِهِ، أو تَبَرَّعَ بالأَدَاءِ عنه مُتَبَرِّعٌ، عُتِقَ، ثم يجري عليه حُكْمُ المرتدين.

وإن لم يُؤَدِّهَا، وعاد إلى الإِسْلاَمِ، بقي مُكَاتَباً، كما كان، وإن امتنع قُتِلَ، وكان ما في يَدِهِ لِسَيِّدِهِ، وارْتَفَعَتِ الكِتَابَةُ بِقَتْلِهِ. ولو ارتد المُكَاتَبُ، لم تبطل الكتابة، فإن هَلَكَ على الرِّدَّةِ ارتفعت الكتابة، وكان ما في يَدِهِ لِسَيِّدِهِ.

وعن أبي حَنِيفَةَ: أنه يُؤَدِّي النُّجُومَ منه، وما بقي فهو لِوَارِثِهِ، سواء اكْتَسَبَهُ في حَالِ الرِّدَّةِ، أو الإسلام. حكاه في «التهذيب».

فَرْعَانِ:

عن نَصِّهِ في «الأم» أنه قال:

لا أجيز كِتَابَةَ السَّيِّدِ المُرْتَدِّ والعَبْدِ المُرْتَدِّ، إلاَّ على ما أُجِيزُ عليه كِتَابَةَ المسلمين، بخلاف الكَافِرِينَ الأَصْلِيِّينَ يُتْرَكَانِ على ما يَسْتَحِلاَّنِ ما لم يَتَحَاكَمَا إلينا.

وأنه لو لَحِقَ السَّيِّدَ بعدما ارْتَدَّ بِدَارِ الحرب، ووقف الحاكم مَالَهُ يتأدى بأخذ كتابة مُكَاتبه، فإن عَجَزَ رَدَّهُ إلى الرِّقِّ وإذا عَجَّزَهُ ثم [جاء سيده][3] فالتَّعْجِيزُ [قاض][4]، ويكون هو رَقِيقاً له، فإن أسلم السَّيِّدُ، ففي الاعْتِدَادِ بما دَفَعَهُ إليه مَا مَرَّ.

---

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: حاسده.

(٤) سقط في: ز.

المَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: تصح كِتَابَةُ الذِّمِّيِّ كِتَابياً كان، أو مَجُوسِيّاً؛ لأنه مالك، والكتابة عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، وفيها تَعْلِيقُ عِتْقٍ بصفة، وهما صحيحان منه.

وكذا كِتَابَةُ المُسْتَأْمَنِ صَحِيحَةٌ، وهذا إذا جَرَتْ كِتَابَتُهُمْ على شَرَائِطِ شَرْعِنَا.

فأما إذا كاتب الذِّمِّيُّ عَبْدَهُ على خَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ، ثم أسلما، أو تَرَافَعَا إلينا، فينظر:

إن كان ذلك بعد قَبْضِ العِوَضِ المُسَمَّىٰ فالعتق حَاصِلٌ، ولا رُجُوعَ للسيد على العَبْدِ، ولا يُفْسَخُ العَقْدُ، ولا القَبْضُ الحاصل في الشرك.

وإن أَسْلَمَا، أو تَرَافَعَا قبل القَبْضِ، حكمنا بِفَسَادِهَا وإبطالها، فإن وجد القَبْضُ بعد ذلك لم يَحْصُلِ العِتْقُ؛ لأنه لا أَثَرَ لِلكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ بعد الفَسْخِ والإبطال.

وإن قَبَضَ بعد الإسْلاَمِ، ثم تَرَافَعَا، حَصَلَ العِتْقُ؛ لوجود الصِّفَةِ، ويرجع السيد على المُكَاتَبِ بقيمته، ولا يرجع المُكَاتَبُ للخمر والخِنْزِيرِ بشيء.

نعم، لو كان المُسَمَّىٰ مِمَّا لَهُ قِيمَةٌ، فله الرُّجُوعُ أيضاً، وإن قبض بعض المُسَمَّىٰ في الشِّرْكِ، ثم أسلما، أو تَرَافَعَا إلينا، فنحكم ببطلان الكتابة أيضاً.

فإن اتَّفَقَ قَبْضُ الباقي بعد الإسْلاَمِ، وقبل إِبْطَالِهَا، حصل العِتْقُ ويرجع السيد بجميع قِيمَتِهِ عليه، ولا تُوَزَّعُ القيمة على المَقْبُوضِ قبل الإسلام والمقبوض بعده؛ لأن العِتْقَ يَتَعَلَّقُ بالنجم الأَخِيرِ، وأنه وجد في الإسْلاَمِ، ولا يَثْبُتُ للنجوم حَقِيقَةُ العِوَضِيَّةِ إلا إذا تَمَّتْ؛ ألا ترى أنه إذا عرض[1] عَجْزٌ لم يكن المَقْبُوضُ من قَبْلُ عِوَضاً، بل كَسْبَ رَقِيقٍ، وإذا كان كذلك لم تَكُنْ قَابِلَةً لِلتَّقْسِيطِ الجاري في الأعواض[2].

وقوله في الكِتَابَةِ: «والكافر تَصِحُّ كِتَابَتُهُ إلاَّ أن يكون العَبْدُ قد أسلم وخوطب بِبَيْعِهِ وكاتب ففيه وجهان» ليس الاسْتِثْنَاءُ فيه بحسن الموقع؛ لأن كِتَابَة الكَافِرِ قد تَصِحُّ، وقد تَفْسُدُ ككتابة المُسْلِمِ، وليس الفَسَادُ مَخْصُوصاً بهذه الصُّورَةِ المُسْتَثْنَاةِ.

والذي يَقْصِدُهُ القَائِلُ بقوله: «إن الكافر لا تَصِحُّ كتابته» أنها تصح منه في الجُمْلَةِ، وإن الكُفْرَ لا يمنع صِحَّتَهَا، وهذا لا يحتاج إلى الاستثْنَاءِ.

وأما الصورة المَذْكُورَةُ: فإذا أسلم عبد لِذِمِّيٍّ، واشْتَرَاهُ، وقلنا بِصِحَّةِ الشِّرَاءِ، وأمرناه بِإِزَالَةِ المِلْكِ عنه، فكاتبه ففي صِحَّةِ كتابته قولان:

أحدهما: المَنْعُ، لأنه مَأْمُورٌ بِإِزَالَةِ المِلْكِ، والكِتَابَةُ لا تُزِيل فصار كما لو دَبَّرَهُ، أو عَلَّقَ عِتْقَهُ بصفة.

---

(١) في ز: فرض.

(٢) في أ: الأعراض.

وأَقْوَاهُمَا وبه قال أبو حَنِيفَةَ، واختاره المُزَنِيُّ: أنها صَحِيحَةٌ؛ لأن المقصود قَطْعُ اسْتِيلاَئِهِ عنه وَدَفْعُ الذُّلِّ، وإذا كَاتَبَهُ خرج عن تَصَرُّفِهِ، وفيه نظر لِلْعَبْدِ لتَوَقُّعِ العِتْقِ، فإن عجز، أَمَرْنَا بإزالة المِلْكِ عنه، وعلى الأول فيؤمر[1] بِإِزَالَتِهِ في الحَالِ، فإنْ أدى النُّجُومَ قبل أن يتفق إِزَالَةُ الملك، عُتِقَ بحكم الكتابة الفَاسِدَةِ.

ويقال بإيراد آخَرَ ـ وقد قَدَّمْنَاهُ في «البَيْعِ» ـ هل يكتفي منه بالكِتَابَةِ؟ فيه وجهان:

إن قلنا: نعم، فهي صَحِيحَةٌ، وإلاَّ ففي صِحَّتِهَا خِلاَفٌ. ولو كَاتب الذِّمِّيُّ عَبْدَهُ فَأَسْلَمَ المُكَاتَبُ؛ فهل ترتفع الكِتَابَةُ؟ فيه وجهان مُرَتَّبَانِ على الخِلاَفِ في أنه إذا أَسْلَمَ عبده وكاتبه هل يصح؟ أو هل يكتفي منه بالكِتَابَةِ؟

إن قلنا: نعم؛ فإذا طَرَأَ الإِسْلاَمُ على الكِتَابَةِ لم يُؤَثِّرْ فيها وإن قلنا: لا؛ ففي ارْتِفَاعِهَا وَجْهَانِ، والفَرْقُ قُوَّةُ الدَّوَامِ ووجه المنع أيضاً بأن الكِتَابَةَ وَقَعَتْ صَحِيحَةً، ولا يمكن أن يُؤْمَرَ بِإِزَالَةِ المِلْكِ، فإن بَيْعَ المُكَاتَبِ لا يَجُوزُ، فإن عجز فحينئذ يُؤْمَرُ.

واعلم أن هذه الصُّورَةَ مُكَرَّرَةٌ؛ فقد ذكرها مَرَّةً في «التدبير» [مضمومة][2] إلى ما شَابَهَهَا؛ وهو ما إذا دَبَّرَ الكَافِرُ عَبْدَهُ ثم أسلم مُدَبَّرُهُ فقال: «والمُكَاتَبُ كَالمُسْتَوْلَدَةِ».

وقيل: كالمدبر[ة]. وقوله: ها هنا «فيه وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ»، فيؤدي معنى الطريقين، إلاَّ أن الخِلاَفَ هناك عند من أَثْبَتَهُ أُخِذَ من الخلاف في صورة التدبير، وها هنا من الخِلاَفِ في صِحَّةِ الكتابة إذا تَقَدَّمَ الإِسْلاَمُ عليها.

المسألة الثالثة: كما يصح كِتَابَةُ الذِّمِّيِّ، تصح كِتَابَةُ الحَرْبِيِّ؛ لأنه مَالِكٌ.

وعن مالك وأبي حَنِيفَةَ خِلاَفُهُ.

ثم لو قَهَرَهُ السَّيِّدُ بعدما كاتبه، ارْتَفَعَتِ الكتابة وصار قِنّاً. ولو قَهَرَ المُكَاتَبُ سَيِّدَهُ صَار حُرّاً، وصار السَّيِّدُ عَبْداً؛ لأن الدَّارَ دَارُ قَهْرٍ، ولذلك لو قَهَرَ حُرٌّ حُرّاً هناك مَلَكَهُ، بخلاف ما لو دخل السَّيِّدُ والمُكَاتَبُ دَارَ الإِسْلاَمِ بِأَمَانٍ، ثم قهر أحدهما الآخر لا يَمْلِكُهُ؛ لأن الدَّارَ دَارُ حَقٍّ وإِنْصَافٍ.

وإن خرج المُكَاتَبُ إلينا مُسْلِماً، هَارِباً من سَيِّدِهِ، بطلت الكتابة، وصار حُرّاً؛ لأنه قَهَرَهُ على نَفْسِهِ، فيزول مِلْكُهُ عنها. وإن خرج إلينا غَيْرَ مُسْلِمٍ نُظِرَ:

إن خرج بِإِذْنِهِ، وبأَمَانِنَا لِتَجَارَةٍ وغيرها، اسْتَمَرَّتِ الكِتَابَةُ، كما لو خرج السَّيِّدُ إلينا بِأَمَانٍ.

---

(١) في ز: أمرنا.

(٢) في ز: مضمونة.

وإن خرج هَارِباً منه، بطلت وصار حُرّاً، ثم لا يُمَكَّنُ من الإِقَامَةِ إلاَّ بالجِزْيَةِ، فإن لم يقبل أو لم يَكُنْ ممن تُقْبَلُ منه الجِزْيَةُ أُلْحِقَ بِمَأْمَنِهِ.

وإن جاءنا السيد مُسْلِماً لم يتعرض لمكاتبه هناك، فإن دخل بِأَمَانٍ مع المكاتب، ولم [يقهر][1] أحدهما الآخر، وأراد العَوْدَ إلى دَارِ الحَرْبِ، أو كاتبه بعدما دَخَلاَ وَأَرَادَ العَوْدَ، فلم يساعده المُكَاتَبُ، لم يكن له [أن][2] يحمله قَهْراً، كما لا يُسَافِرُ المُسْلِمُ بمكاتبه[3] وقد مَرَّ لهذا ذِكْرٌ في «التدبير»، ولكن يُوَكِّلُ من يَقْبِضُ عنه النُّجُومَ، فإن أراد أن يُقِيمَ طُولِبَ بالجِزْيَةِ، ثم إن عُتِقَ المُكَاتَبُ طُولِبَ بالجِزْيَةِ أيضاً أو رُدَّ إلى المَأْمَنِ، فإن عَجَّزَ نفسه عَادَ قِنّاً للسيد.

قال ابْنُ الصَّبَّاغِ: ويبقى الأَمَانُ فيه، وإن انْتَقَضَ في نَفْسِ السيد بِعَوْدِهِ؛ لأن المَالَ يَنْفَرِدُ بِالأَمَانِ. ولذلك لو بعث الحَرْبِيُّ بحاله إلى بَلَدِ الإِسْلاَمِ بِأَمَانٍ، ثبت الأَمَانُ للمال دون صَاحِبِهِ. وقد يجيء هذا الخِلاَفُ الذي سَبَقَ في «السِّير» فيما إذا رجع المُسْتَأْمَنُ، وخَلَّفَ عندنا مَالاً. ولو مات السَّيِّدُ في دار الإِسْلاَمِ، أو بعد العَوْدِ إلى دار الحرب، ففي مَالِ الكِتَابَةِ قولان:

أظهرهما، وهو اختيار المُزَنِيِّ: إنه يَبْقَى الأَمَانُ فيه، فيبعث إلى وَرَثَتِهِ، ؛ لأنه لا خِلاَفَ في أنهم وَرِثُوهُ، ومن وَرِثَ مَالاً، وَرِثَهُ بحقوقه كالرَّهْنِ والضَّمَانِ.

والثاني: يبطل الأَمَانُ فيه، ويكون قِنّاً؛ لأنه مَالُ كَافِرٍ، لا أَمَانَ له.

وإن سُبِيَ السَّيِّدُ بعدما رَجَعَ إلى دَارِ الحَرْبِ، نُظِرَ إن مُنَّ عليه، أو فدى[4] أَخَذَ النُّجُوم، وهو بما جَرَى في أمانٍ، ما دام في دَارِ الإِسْلاَمِ، فإن رجع انْتَقَضَ الأَمَانُ فيه، وفي المَال إن تركه عندنا ما سبق وإن اسْتُرِقَّ زال مِلْكُهُ، وفي مال الكِتَابَةِ طريقان:

أحدهما: أن فيه قَوْلَيْنِ، كما في صورة المَوْتِ.

والثاني: القَطْعُ بأنه لا يبطل الأَمَانُ فيه؛ لأنه ينتظر عِتْقُهُ وصَيْرُورَتُهُ أَهْلاً لِلْمِلْكِ، بخلاف الميت، وإن شِئْتَ قلت: يبقى الأَمَانُ فيه، ولا يصير قِنّاً، كما صُورَة المَوْتِ، فها هنا أَوْلَى، ويوقف إن عُتِقَ فهو له، وإن مَاتَ رقِيقاً فهو فَيْءٌ.

وفي قول: إنه يُصْرَفُ إلى وَرَثَتِهِ.

---

(١) في ز: يفهم. (٢) سقط في: ز.

(٣) وما جزم به من التسوية من جريان المكاتبة في دار الحرب ودار الإسلام خالف فيه الماوردي في باب كتابة الحربي فقال: إن جرى في دار الحرب ثم قدما إلينا ودامن عاماً لم يمنع من رده إلى دار الحرب لأنه عقد لم يجر عليه حرمة الإسلام بخلاف ما إذا كان في دار الإسلام.

(٤) في ز: يؤدى.

وإن قلنا: هناك يصير [فيئاً][(١)]، فها هنا قولان:

اختيار أبي إسحاق: أنه لا يكون [فيئاً]، ويُوقَفُ؛ لأنه يُرْجَى عَوْدُ المَالِكِيَّةِ.

وأما وَلاَءُ هذا المكاتب؛ فإن عُتِقَ قبل أن يُسْتَرَقَّ السَّيِّدُ، فطريقان:

أحدهما: إن الوَلاَءَ كالمَالِ، فإن جَعَلْنَاهُ فيئاً، فالوَلاَءُ لِأَهْلِ الفيء، وإن تَوَقَّفْنا، فكذلك نَتَوَقَّفُ في الوَلاَءِ.

وأظهرهما: أنه يسقط وَلاَؤُهُ؛ لأن الوَلاَءَ لا يُورَثُ، ولا يَنْتَقِلُ من الشخص إلى الشخص.

وإن اسْتُرِقَّ السَّيِّدُ قبل عِتْقِ المُكَاتَبِ، فإن جعلنا ما في ذمته[(٢)] فيئاً، فإذا عُتِقَ يَدْفَعُهُ إلى الحاكم، ففي الوَلاَءِ الوجهان كذلك. ذكره صاحب «الشامل» وغيره.

وإن قلنا: إنه مَوْقُوفٌ؛ فإن عُتِقَ السَّيِّدُ، دفع المُكَاتَبُ المَالَ إليه، وكان له الوَلاَءُ، وإن مات رَقِيقاً، وصار المال فَيْئاً ففي الوَلاَءِ الوجهان.

ولو قال المُكَاتَبُ في مُدَّةِ التوقف: انْصُبُوا مَنْ يَقْبِضُ المَالَ لأعتق، أُجِيبَ إليه، وإذا عُتِقَ، فليكن في الوَلاَءِ الخِلاَفُ.

وقد قيل: يُبْنَى ذلك على أن مُكَاتَبَ المُكَاتَبِ إذا عُتِقَ تَفْريعاً على أنه تَصِحُّ كِتَابَتُهُ يكون وَلاَؤهُ لِسَيِّدِ المُكَاتَبِ أو يوقف على عِتْقِ المكاتب، وفيه قولان:

إن قلنا بالأَوَّلِ؛ فالوَلاَءُ ها هنا لِأَهْلِ الفَيْءِ.

وإن قلنا بالثاني؛ فَيُوقَفُ.

قال الرُّويَانِيُّ في «جمع الجوامع»: والصَّحِيحُ عند عَامَّةِ الأصحاب في المسألة أنه يُوقَفُ المَالُ، وكذا الوَلاَءُ، فإن عُتِقَ، فله المَالُ والوَلاَءُ، وإن مات رَقِيقاً، فَالمَالُ لِأَهْلِ الفَيْءِ، ويسقط الوَلاَءُ.

وقوله في الكتاب: «والكَافِرُ تَصِحُّ كِتَابَتُهُ» ليحمل على الذِّمِّيِّ، وإن أمكن إِجْرَاؤُهُ على إِطْلاَقِهِ على [ما تبين][(٣)]؛ لأنه قال بعده: «والحَرْبِيُّ تصح كِتَابَتُهُ»، ولو أجرى ذلك على إطلاقه، كان الأَحْسَنُ أن يقول: والحَرْبِيُّ إن صَحَّتْ كتابته، ولكن لو قهره السَّيِّدُ. . . إلى آخره.

«فروع»:

---

(١) في ز: قناً.

(٢) في أ: يده.

(٣) في ز: ماتتين.

كاتب المُسْلِمُ عَبْداً كافراً في دار الإِسْلاَم، أو في دار الحرب صَحَّتِ الكِتَابَةُ، فإن عتق لم يُمَكَّنْ من الإِقَامَةِ في دار الإسلام إلاَّ بالجِزْيَةِ، وإن وَقَعَ في الأَسْرِ [وكان في](١) دار الحرب لم تبطل الكتابة؛ لأنه في أَمَانِ سَيِّدِهِ، وهذا كما أنه لا يُسْتَرَقُّ مُعْتقه، وإن الْتَحَقَ بِدَارِ الحرب.

وإذا اسْتَوْلَى الكُفَّارُ على مُكَاتَبٍ مُسْلِم، لم تبطل الكِتَابَةُ، وكذا لا يبطل التَّدْبِيرُ، والاسْتِيلاَدُ؛ إذا اسْتَوْلَوْا على مُدَبَّرِهِ أو مُسْتَوْلَدَتِهِ.

وإذا استنفذ المُسْلِمُونَ مُكَاتَبَه، فهل تُحْسَبُ مُدَّةُ الأَسْرِ من أصل مال الكتابة؟

فيه طريقان:

أحدهما: أنه على القَوْلَيْنِ، فيما إذا حَبَسَ السَّيِّدُ مُكَاتَبَهُ مُدَّةً.

وأظهرهما: القَطْعُ بالاحْتِسَابِ، بخلاف تلك الصُّورَةِ، فإن المَنَافِعَ فَاتَتْ عليه بِتَقْصِيرٍ وتَعَدٍّ من السيد وها هنا بخلافه.

ويُبْنَى على هذا الخِلاَف أنه: هل للسَّيِّدِ الفَسْخُ، والتعجيز، وهو في الأَسْرِ؟

فإن قلنا باحْتِسَابِ المدة عليه، فله ذلك، ثم يفسخ بنفسه، كما لو كان المُكَاتَبُ حاضراً، أو يُرْفَعُ الأَمْرُ إلى الحاكم لِيَتَفَحَّصَ؛ هل له مَالٌ يَفِي بالكتابة؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الأول، ثم إذا فُسِخَتِ الكِتَابَةُ، وأقام البَيِّنَةَ بعد الخَلاَصِ، على أنه كان له مِنَ المَالِ ما يَفِي بالكتابة، بَطَلَ الفَسْخُ، وَأَدَّى المَالَ، وعُتِقَ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الرَّابِعُ: المُكَاتِبُ وَلَهُ شَرْطَانَ الأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ مُكَلَّفاً فَلاَ يَصِحُّ كِتَابَةُ الصَّغِيرِ وَإِنْ كَانَ مُمَيِّزاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يشترط لِصِحَّةِ الكتابة أن يكون العَبْدُ مُكَلَّفاً؛ ليستقل بالكَسْبِ، ويوثق بصرف ما يَكْتَسِبُهُ إلى السَّيِّدِ فلا تصح كِتَابَةُ الصَّبِيِّ مُمَيِّزاً كان أو غَيْرَ مميز، ولا كِتَابَةُ المَجْنُونِ. وعند أبي حَنِيفَةَ، وأحمد: تَصِحُّ كِتَابَةُ الصبي المُمَيِّزِ، بِنَاءاً على أنه يجوز تَصَرُّفُهُ بِإِذْنِ الوَلِيِّ [وإيجاب](٢) السيد إذن له في القَبُولِ.

واحتج الأَصْحَابِ ـ رحمهم الله ـ بأنه غَيْرُ مُكَلَّفٍ، فلا تصح كِتَابَتُهُ كالمجنون.

وفي «جمع الجوامع» للروياني: أنه لو كَاتَبَ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ الذي لا يُمَيِّزُ والمَجْنُونَ، وقبل السيد عنه يَجُوزُ عند أبي حَنِيفَةَ.

---

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط في: ز.

واسْتُؤْنِسَ لاعتبار التَّكْلِيفِ بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النور - ٣٣] وإنما يَتَحَقَّقُ الابْتِغَاءُ من العاقل البالغ.

وإن كاتب العَبْدُ لنفسه ولأولاده الصِّغَارِ، لم تصح الكِتَابَةُ للأولاد، وفي صِحَّتِهَا لنفسه قَوْلا تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.

وحكى الصَّيْدَلاَنِيُّ عن أبي حَنِيفَةَ: أنها تَصِحُّ في حَقِّ الجميع، وذكر أن أبا حَنِيفَةَ ساعد على أنه لو كان الأَبُ حُرّاً، لم تصح كتابته لِأَوْلاَدِهِ الصِّغَارِ، وأن مالكاً قال بِصِحَّتِهَا. إذا عرف أنه ليس للسيد أن يُكَاتِبَ عَبْدَهُ الصغير والمجنون، فلو أنه فَعَلَ وقال في كتابته: «إذا أَدَّيْتَ كذا فأنت حُرٌّ، فوجدت الصِّفَةُ، حصل العِتْقُ. قال الإِمَامُ: وفي النَّفْسِ من هذا شَيْءٌ؛ لأنه أَدَاءٌ من حيث الصُّورَةُ، ولا يُتَصَوَّرُ منهما التَّمْلِيكُ، وقد ذكرنا أن قَوْلَ الرجل لامْرَأَتِهِ: إن أَعْطَيْتِنِي ألفاً فأنت طَالِقٌ، يقتضي إِمْكَانَ التمليك.

ولك أن تُؤَيِّدَ ما ذكره باحْتِمَالٍ قَدَّمْنَاهُ فيما إذا عَلَّقَ الطَّلاَقَ بدخول الطفل، فوجد منه صُورَةُ الدخول أنه لا يَحْنَثُ، والمذهب حُصُولُ العِتْقِ، ثم حكى القاضي ابن كَجٍّ في كَيْفِيَّةِ حُصُولِهِ اخْتِلاَفاً عن الأَصْحَابِ، منهم من قال: يحصل العِتْقُ حُصُولَهُ في الكتابات الفاسدة؛ لأنه لم يَرْضَ بعتقه إلاَّ بالعِوَضِ، فعلى هذا يَرْجِعُ السَّيِّدُ عليه بالقيمة[1].

وظاهر المذهب أنه يَحْصُلُ بِمُجَرَّدِ حُصُولِ الصِّفَةِ المُعَلَّقِ عليها، وأنه ليس لما جَرَى حُكْمُ الكِتَابَاتِ الفَاسِدَةِ في التراجع وغيره، فلا يرجع السيد عليه بِقِيمَتِهِ، ولا يجب عليه رَدُّ ما أخذه. أما أنه لا يرجع بالقِيمَةِ، فلأن قَبُولَ الصبي والمجنون والْتِزَامَهُمَا المال بَاطِلاَنِ، والعقد معهما ليس بِعَقْدٍ؛ ولذلك لو اشترى الصَّبِيُّ والمجنون شَيْئاً، وهلك عنده لا يَضْمَنُهُ بعقد.

ولو اشترى العَاقِلُ البالغ شَيْئاً شراءً فاسداً فَهَلَكَ [فهل][2] عنده يَضْمَنُهُ. وأما أنه لا يَرُدُّ ما أخذه، فلأنه كَسْبُ عَبْدِهِ. وهذا الخِلاَفُ الذي حَكَاهُ ابن كَجٍّ، كخلافٍ نَقَلُوهُ فيما إذا [كاتب] عَبْدَهُ المَجْنُونَ، وأخذ المَالَ المُسَمَّى.

روى المُزَنِيُّ في «المختصر» أنه يعتق العَبْدُ، ولا تَرَاجُعَ.

ورواية الرَّبِيعِ أنه يثبت التَّرَاجُعُ؛ فعن ابن سُرَيْجٍ وابن خَيْرَانَ: أن الحُكْمَ ما رَوَاهُ الربيع على مَا هُوَ دَأْبُ الكتابة الفَاسِدَةِ، وأن المُزَنِيَّ أخطأ في النَّقْلِ، وربما حَمَلَ مَا رَوَاهُ على ما إذا [كاتب عبده][3] كتابة صحيحة، ثم جُنَّ العَبْدُ، فأخذ المال وهو

---

(١) قال النووي: الأصح أنها لا تصح.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: كانت عنده.

[مجنون][١] يصح القَبْضُ، ولا يراجع والأصح وبه قال أبو إِسْحَاقَ، والأكثرون: أنه لا يراجع، كما رواه المزني؛ لأن المَجْنُونَ ليس من أَهْلِ العَقْدِ، فيبطل معنى المُعَاوضَةِ، ويبقى مُجَرَّدُ التعليق.

ونقل الربيع وقع خطأ، وربما حمل على ما إذا [كاتب][٢] عَبْدَهُ العَاقِلَ كِتَابَةً فَاسِدَةً، ثم جُنَّ فَأَدَّىٰ. وعن رِوَايَةِ القَاضِي أبي حَامِدٍ أن في المَسْأَلَةِ قولين.

وفي طريقة الصَّيْدَلاَنِيِّ الامْتِنَاعُ من إجْرَاءِ الخِلاَفِ في الصبي، وفرق بأن المجنون عارض [فهو][٣] كعارض شرط فَاسِدٍ في الكتابة بخلاف الصَّبِيِّ.

وأجرى صَاحِبُ «التهذيب» في الصَّبِيِّ ما قيل في المَجْنُونِ، كما قدمناه عن ابن كَجٍّ، ثم مَنْ أَثْبَتَ التَّرَاجُعَ، جعل ما فَضَلَ من الكَسْبِ للعبد ولم يُثْبِتْهُ جعله للسيد، وهو الأَصَحُّ.

«فروع تدخل في الفصل».

لا يجوز كتابة العَبْدِ المَرْهُونِ؛ لأن الرهن [يحوج][٤] إلى البَيْعِ، والكِتَابَةُ تمنع منه، ولا كِتَابَةُ العبد المُسْتَأْجرِ، لأنه في تَصَرُّفِ الغَيْرِ، فلا يَتَفَرَّغُ للاكتساب لنفسه.

وفي كتاب [القاضي][٥] ابن كَجٍّ: أنه يجوز كِتَابَةُ المُعَلَّقِ عِتْقُهُ بصفة، وكتابة المُدَبَّرِ، فإن سَبَقَ مَوْتُ السيد، عُتِقَ بالتدبير، وإن سَبَقَ أَدَاءُ النجوم، عُتِقَ بالكتابة.

وإنه يجوز كِتَابَةُ المُسْتَوْلَدَةِ، فإن مَاتَ السيد قبل أَدَاءِ النجوم، عُتِقَتْ من رَأْسِ المال، وإن أبا الحُسَيْنِ خَرَّجَ وَجْهاً: أنه لا يجوز كِتَابَتُهَا، وهذا ما نَقَلَهُ الرُّويَانِيُّ في «التجربة» عن إشارة النَّصِّ في «الأم»، وَوَجَّهَهُ بأن الكِتَابَةَ اعْتِيَاضٌ عن الرَّقَبَةِ ورَجَّحَهُ مُرَجِّحُونَ، والأَظْهَرُ الأول، وسيأتي إن شاء الله ـ تعالى ـ التَّفْرِيعُ عليه.

وأنه لو قَبِلَ الكِتَابَةَ من السَّيِّدِ [أَجْنَبِيٌّ][٦]، على أن يُؤَدِّيَ عن العَبْدِ كذا في نَجْمَيْنِ، فإذا أَدَّاهُمَا، عُتِقَ العبد، ففي صِحَّتِهَا وجهان:

أحدهما: الصحة، كَخُلْعِ الأجنبي.

والثاني: المَنْعُ، لأنها تخالف مَوْضُوعَ الباب، فإن صَحَّحْنَاهَا، فهل يجوز أن تكون حالة؟

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: كانت.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: يخرج.
(٥) سقط في: ز.
(٦) سقط في: ز.

فيه وجهان، وإن لم نُصَحِّحْهَا فإذا أدّى، عُتِقَ العَبْدُ بوجود الصِّفةِ ويرجع المؤدى على السيد بما أدَّى، والسَّيِّدُ عليه بقيمة العَبْدِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي أَنْ يُكَاتَبَ كُلُّهُ، وَلَوْ كَاتَبَ نِصْفَ عَبْدِهِ، فَالمَذْهَبُ أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ، وَلَوْ كَاتَبَ مَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ جَازَ لِحُصُولِ الاسْتِقْلاَلِ، وَلَوْ كَاتَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ فَالمَذْهَبُ أَنَّهُ بَاطِلٌ، وَلَوْ كَاتَبَ بِالإِذْنِ فَقَوْلاَنِ، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لاَ يُصْرَفُ الصَّدَقَةُ إِلَى مَنْ نِصْفُهُ رَقِيقٌ، وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى مَالٍ وَاحِدٍ جَازَ، وَانْقَسَمَتِ النُّجُومُ عَلَى قَدْرِ مِلْكِهِمَا، فَإِنْ شَرَطَا تَفَاوُتاً فِي القِسْمَةِ، فَقَدِ انْفَرَدَتْ كُلُّ صَفْقَةٍ وَهِيَ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ، فَيُخَرَّجُ عَلَى القَوْلَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لك أَنْ تَقُولَ: إِيرَادُ الكِتَابَةِ على كُلِّ العبد ليس صِفَةً في العبد، حتى يُقَالَ للعبد[(١)] شَرْطَانِ، وجعله شَرْطاً في نفس[(٢)] الكتابة أَحْسَنُ من جعله شَرْطاً لِلْعَبْدِ. والفِقْهُ أنه إذا [كاتب] بعض عَبْدٍ، فإما أن يكون بَاقِيهِ حُرّاً، فتصح الكِتَابَةُ؛ لأنها اسْتَغْرَقَتِ الرَّقِيقَ منه، فتفيد الاسْتِقْلاَلَ، فإن كاتب جَمِيعَهُ، والصورة هذه بَطَلَتْ في نصفه الحُرِّ، وفي الرقيق قَوْلاَ التَّفْرِيقِ.

وكذا لو كان يَعْتَقِدُ الرِّقَّ في جميعه، فَبَانَ بعضه حُرّاً؛ فإن قلنا: يفسر، فلا يُعْتَقُ حتى يُؤَدِّيَ جميع المُسَمَّىٰ لِتَتَحَقَّقَ الصِّفَةُ فإذا عتق اسْتَرَدَّ منه السيد ما أدَّى، وللسيد عليه قِسْطُ القدر الذي كَاتَبَهُ من القيمة.

وإن قلنا: يصح، فَيَسْتَحِقُّ جميع المسمى، أو قِسْطَ الرقيق من القيمة؟ فيه قولان، كما في البيع: إذا أجاز المُشْتَرِي البَيْعَ في المَمْلُوكِ.

وإما أن يكون بَاقِيهِ أو بَعْضَ الباقي رَقِيقاً، فالقَدْرُ الرقيق إما أن يكون لَهُ أو لِغَيْرِهِ.

«**الحالة الأولى**»: إذا كان له فقد نَصَّ أن الكِتَابَةَ لا تَصِحُّ، لأن المُكَاتَبَ يحتاج إلى التَّرَدُّدِ؛ حَضَراً وسَفَراً؛ لاكْتِسَابِ النجوم، ولا يَسْتَقِلُّ بذلك، إذا كان بَعْضُهُ رَقِيقاً، فلا يحصل مَقْصُودُ الكتابة، وأيضاً فلا يمكن صَرْفُ سَهْمِ [المكاتبين][(٣)] إليه؛ لأنه يصير بَعْضُهُ مِلْكاً لمالك الباقي ـ فإنه من أكْسَابِهِ ـ بخلاف ما إذا كان بَاقِيهِ حُرّاً، فإنه يمكن وَضْعُ الصَّدَقَةِ فيه، وفي هذا شيء سَنَذْكُرُهُ إن شاء الله تعالى.

وعن ابن سُرَيْجٍ تخريج قول آخر أَخْذاً مما إذا كَاتَبَ أَحَدُ الشريكين نَصِيبَهُ بِإِذْنِ

---

(١) في أ: في العبد.
(٢) في أ: نقض.
(٣) في ز: الكتابيين.

الآخَرِ، فإنه إذا كَاتَبَ بَعْضَ ما يملكه، فقد كاتب البَعْضَ بِإِذْنِ مَالِكِ الباقي.

ونَحَا أَبُو الحُسَيْنِ بن القَطَّانِ نحوه، فَأَثْبَتَ في المسألة وَجْهَيْنِ، والجمهور قَطَعُوا بالمنصوص، وقالوا: أَحَدُ الشريكين لا يَتَمَكَّنُ من كتابة نَصِيبِ الآخر، والمَالِكُ الواحد يَتَمَكَّنُ من كِتَابَةِ جميع ما يملكه.

وإن صححنا كِتَابَةَ البَعْضِ؛ فإن كان بين السَّيِّدِ وبينه مُهَايَأَةٌ فاكتسب النُّجُومَ في نَوْبَتِهِ، وأَدَّاهَا، فَيُعْتَقُ القَدْرُ الذي كَاتَبَ ويَسْرِي إلى الباقي.

وإن لم يكن بينهما مُهَايَأَةٌ؛ فما يَكْتَسِبُهُ يكون بينهما، فإن وَفَّرَ قِسْطَ السَّيِّدِ، وما بقي بالنجوم من قِسْطِهِ عُتِقَ، فإن لم يُوَفِّرْ إلا قَدْرَ النُّجُومِ؛ ففي العِتْقِ خِلاَفٌ سنذكر نَظِيرَهُ وإن لم نصححها فهي كِتَابَةٌ فَاسِدَةٌ، فإن أَدَّى المَالَ قبل أن يَفْسَخَهَا السيد عُتِقَ، والسِّرَايَةُ كما ذكرنا، ثم يرجع المُكَاتَبُ على السَّيِّدِ بما أَدَّى، ويرجع السَّيِّدُ إليه بِقِسْطِ القَدْرِ المُكَاتَبِ من القيمة، ولا يرجع بقسط ما سَرَى العِتْقُ إليه؛ لأنه لم يعتق بحكم الكِتَابَةِ.

«الحالة الثانية»: إذا كان الباقي لغيره؛ فإذا كاتب أَحَدُ الشريكين نَصِيبَهُ، نُظِرَ:

إما أن يُكَاتِبَ بِإِذْنِ الآخَرِ، أو دون إِذْنِهِ. إن كاتب بِإِذْنِهِ، ففيه قولان:

أصحهما: وهو المنصوص في «الأم»، واختاره المُزَنِيُّ، وبه قال مالك: أنه لا تَصِحُّ الكِتَابَةُ؛ لأن الشريك الآخَرَ يَمْنَعُهُ من التَّرَدُّدِ والمُسَافَرَةِ، ولا يمكن أن يُصْرَفَ إليه سَهْمُ المُكَاتَبِينَ.

والثاني: قاله في «الإملاء» على مسائل مُحَمَّدِ بن الحَسَنِ: أنها تَصِحُّ؛ لأنه يَسْتَقِلُّ في البَعْضِ المُكَاتَبِ عليه، وإذا جاز إِفْرَادُ البعض بالإِعْتَاقِ، جاز إِفْرَادُهُ بالعَقْدِ المُفْضِي إلى العتق. وبهذا القول قال أبو حَنِيفَةَ وقال: إذا عتق نصيبه بأداء النجوم يَسْتَسْعِي في الباقي.

وعن أبي سلمة: القَطْعُ بالقول الأول، فيجوز أن يُعَلَّمَ قوله في الكتاب: «قولان» [بالواو][1] كذلك. وإن كاتب بغير إذن الآخر، فَظَاهِرُ المذهب فَسَادُ الكِتَابَةِ؛ لعدم الاستِخْلاَلِ؛ ولأن نَصِيبَ الشريك يَنْتَقِصُ، فَيَتَضَرَّرُ به.

وربما خرج القولان في حالة إِذْنِ الشريك على هَذَيْنِ المعنيين إن قُلْنَا بالأول لم يَصِحَّ، وإن قلنا بالثاني فقد أَسْقَطَ حَقَّهُ، ورضي بالضَّرَرِ الذي يَلْحَقُهُ.

وعن أبي علي الطَّبَرِيِّ وَجْهٌ آخر: أنها تَصِحُّ، وإن كاتب بغير الإذن كما ينفرد أحد الشريكين بالإِعْتَاقِ والتعليق والتَّدْبِيرِ.

---

(١) سقط في: ز.

وقال الإمام: ذهبت طَائِفَةٌ إلى تَخْرِيجِ القولين في هذه الصورة، وهو مُنْقَدِحٌ؛ لأن إِذْنَ الشريك لا يُفِيدُهُ الاسْتِقْلاَل، فلا يبقى إلاَّ تَخَيُّلُ تَضَرُّرِ الشريك، وهذا لا حَاصِلَ له مع نُفُوذِ العِتْقِ عن الشريك.

التفريع: إن أَفْسَدْنَا كِتَابَةَ أَحَدِ الشريكين، فللسيد فَسْخُهَا وإبطالها، كسائر الكِتَابَاتِ الفاسدة، فإن لم يفعل [ودفع][1] العبد بَعْضَ كَسْبِهِ إلى الَّذِي لم يكاتبه، وبَعْضَهُ إلى المكاتب، بحسب المِلْكِ، حتى أَدَّى مَالَ الكِتَابَةِ، عُتِقَ، ويقوم نَصِيبُ الشريك على المكاتب بشرط اليَسَارِ، ويرجع العَبْدُ إليه بما دفع، ويرجع هو على العَبْدِ بِقِسْطِ القدر الذي كاتب من القيمة، وإذا دَفَعَ جَمِيعَ ما اكْتَسَبَهُ إلى المُكَاتَبِ، حتى تم قدر النجوم، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يُعْتَقُ؛ لأن العِتْقَ في الكِتَابَةِ الفاسدة يَتَعَلَّقُ بحصول الصِّفَةِ، وقد حصلت.

وأصحهما: المَنْعُ؛ لأن المُعَاوَضَةَ تقتضي إِعْطَاءَ ما يملكه لينتفع بالمدفوع إليه.

وفي طريقة الصَّيْدَلاَنِيِّ نَقْلُهُمَا قولين، ونِسْبَةُ الأول إلى ما أَطْلَقَهُ في كتاب ابن أبي لَيْلَى.

والثاني: إلى رواية الرَّبِيع.

وأجرى الخلاف فيما إذا قال: إن أَعْطَيْتَنِي عَبْداً فأنت حُرٌّ، فأعطاه عَبْداً مُسْتحقاً؛ هل يحصل العِتْقُ؟ فإن قلنا: لا يُعْتَقُ، فللذي لم يُكَاتِبْ أن يأخذ نَصِيبَهُ، كما أخذه المُكَاتَبُ فإنه ملكه، ثم إن أَدَّى العَبْدُ تَمَامَ النُّجُومِ من حِصَّتِهِ من الكَسْبِ، عُتِقَ، وإلاَّ فلا.

وإن قلنا: يُعْتَقُ، فيأخذ نَصِيبَهُ أَيضاً والتَّرَاجُعُ من المكاتب والعبد، وسِرَايَةُ العِتْقِ على ما تقدم.

وإن صححنا كِتَابَةَ أَحَدِ الشريكين، فدفع العَبْدُ من كَسْبِهِ حِصَّتَهُ إلى المكاتب، أو جرت بينه وبين الذي لم يُكَاتب مُهَايَأَةٌ، فدفع ما اكْتَسَبَهُ في نَوْبَتِهِ إلى المكاتب حتى تَمَّتِ النجوم، عتق، وقُوِّمَ عليه نَصِيبُ الشريك إذا كان مُوسِراً وكذا لو أَبْرَأَهُ عن النُّجُوم، أو أَعْتَقَهُ، وإن دفع إليه كُلَّ مَا اكْتَسَبَهُ حتى تم قدر النجوم ففي «جَمْعِ الجوامع» للقاضي الرُّويَانِيِّ أن بَعْضَ الأصحاب جَعَلَ حُصُولَ العِتْقِ على وجهين، أو قولين، كما ذكرنا تَفْرِيعاً على قَوْلِ الفَسَادِ.

---

(١) في ز: ووضع.

والظاهر: القَطْعُ بالمَنْعِ، وفرق بأن الكِتَابَةَ إذا صحت غَلَبَ فيها معنى[١] المُعَاوَضَةِ، وفي المُعَاوَضَاتِ تَسْلِيمُ غير المملوك كَعَدَمِهِ، وإذا فَسَدَتِ الكِتَابَةُ فيغلب حكم الصفة، ولذلك جاء الخِلاَفُ.

فروع:

أوردها القاضي ابْنُ كَجٍّ:

أحدها: إذا أَذِنَ الشَّرِيكُ في كتابة نَصِيبِهِ، فله أن يَرْجِعَ عن [الإِذْنِ][٢] فإن لم يعلم الشَّرِيكُ برجوعه حتى كاتب، فعلى الخِلاَفِ من تَصَرُّفِ الوكيل بعد العَزْلِ، وقبل العلم به.

الثاني: كاتب نَصِيبَهُ بِإِذْنِ شريكه، وجَوَّزْنَاهُ، فأراد الشريك الآخَرُ كِتَابَةُ نَصِيبِهِ؛ هل يحتاج إلى إِذْنِ الأول؟

فيه وجهان:

الثالث: كاتب أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، وقال الآخر: كَاتَبْتُهُ بِإِذْنِكَ وأنكر، فإن قال مع ذلك: وقد أَدَّى المَالَ، عُتِقَ بإقراره وقُوِّمَ عليه نَصِيبُ الشريك إن كان مُوسِراً؛ وإن لم يُقِرَّ بالأَدَاءِ، فالقول قَوْلُ المُنْكِرِ مع يَمِينِهِ، فإن حَلَفَ بَطَلَتِ الكِتَابَةُ، وإن نَكَلَ حَلَفَ الذي كَاتَبَ، فإن نَكَلَ رُدَّتِ اليَمِينُ على المُكَاتَبِ؛ هكذا ذكر ابْنُ القَطَّانِ قال: وعندي يَنْبَغِي أن يكون هذا التَّدَاعِي بين الشَّرِيكِ والمُكَاتَبِ، فإذا ادَّعَى المُكَاتَبُ الإِذْنَ، وأنكر الشريك صُدِّقَ، وإن نَكَلَ حَلَفَ المُكَاتَبُ، وثبتت الكِتَابَةُ.

هذا إذا انفرد أَحَدُ الشريكين بالكِتَابَةِ.

أما إذا كاتبا العَبْدَ المُشْتَرَكَ معاً، أو [وَكَّلاَ][٣] رَجُلاً، فكاتب جميعه، أو وَكَّلَ أَحَدُهُمَا الآخَرَ فَكَاتَبَهُ، صحت الكتابة، إن اتفقت النُّجُومُ [جنساً وأَجلاً وعَدَداً، وجَعَلا حِصَّة كل واحد من النجوم][٤] بحسب اشتراكهم في العَبْدِ، أو أطلقا، فإنها كذلك تَنْقَسِمُ، وإن اختلفت النُّجُومُ في الجِنْسِ، أو في قَدْرِ الأَجَلِ، أو العدد أو شرطا تَفَاوُتاً في النجوم مع التَّسَاوِي في المِلْك أو بالعكس، ففيه طريقان:

أحدهما[٥]: وهو الذي أَوْرَدَهُ في الكتاب، وبه قال القَفَّالُ ـ أن صِحَّةَ كتابتهما على القَوْلَيْنِ، فيما إذا انْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بكتابة نصيبه بِإِذْنِ الآخر.

---

(١) في أ: حكم.
(٢) في ز: الأدنى.
(٣) في ز: وَكَّل.
(٤) سقط في: ز.
(٥) في ز: أظهرهما.

والثاني: القَطْعُ بالمَنْعِ، وبه قال القاضي أَبُو الطَّيِّبِ؛ لأنا لو جَوَّزْنا ذلك لَزِمَ أن ينتفع أَحَدُهُمَا بِمَالِ الآخر؛ لأنه إذا اسْتَوَى المِلْكَانِ، ودفع إلى أحدهما مائة، وإلى الآخر مائتين فقد ترتفع الكِتَابَةُ بالعَجْزِ، فيحتاج الأَوَّلُ إلى أن يرجع على الثاني بخمسين، ويكون الثَّانِي قد انْتَفَعَ بها مُدَّةَ بقائها في يَدِهِ من غَيْرِ استحقاق. ولا يشترط اسْتِوَاءُ الشريكين في مِلْكِ العَبْدِ الذي يُكَاتِبَانِهِ.

وفي «الكافي» للروياني وَجْهٌ ضعيف ولْيُعْلَمْ في الكتاب قوله: «فيما إذا كاتب أحد الشريكين بغير إِذْنِ الآخر، فَالمَذْهَبُ أنه باطل» بالألِفِ؛ لأن أحمد يُصَحِّحُ هذه الكِتَابَةَ.

وفي «شرح المُوَفَّقِ بن طاهر» عن أبي حَنِيفَةَ مِثْلُهُ، ولذلك حكى عنه فيما إذا كَاتَبَ بَعْضَ عَبِيدِهِ، والله أعلم.

بقي الكلام في مَسْأَلَةٍ؛ وهي أن المَشْهُورَ أنه لا يجوز صَرْفُ الصَّدَقَةِ إلى مَنْ بعضه رَقِيقٌ؛ لما ذكرنا أن ما يأخذه ينقسم إلى القَدْرِ الرَّقِيقِ وغيره.

قال الإِمَامُ: ورأيت لِبَعْضِ الأصحاب ما يَدُلُّ على تَجْوِيزِهِ، وقد يمنع هذا القائل الانْقِسَامَ، ويقول: تَخْتَصُّ الصَّدَقَةُ بِالقَدْرِ المكاتب؛ لأنه لا يجوز أن تكون الصَّدَقَةُ كَسْبَ رَقِيقٍ.

وفي «الكافي» للقاضي الروياني عن بعضهم: إِطْلاَقُ قولين وفي المَسْأَلَةِ تفصيل حَسَنٌ، وإلى ترجيحه يميل[1] إيراده، وهو إن لم يكن بينهما مُهَايَأَةٌ، فلا يَجُوزُ أن يأخذ من سَهْمِ الصدقات، وإن كان بينهما مُهَايَأَةٌ، فله أخذه في يوم نفسه خَاصَّةً.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرْعٌ: لَوْ كَاتَبَاهُ ثُمَّ عَجَزَ أَحَدُهُمَا وَأَرَادَ الثَّانِي إِبْقَاءَ الكِتَابَةِ فِي نَصِيبِهُ بِالْإِنْظَارِ فَقَوْلاَنِ وَأَوْلَى بِالجَوَازِ؛ لِقُوَّةِ الدَّوَامِ، وَلَوْ كَاتَبَ وَاحِدٌ عَبْداً ثُمَّ خَلَّفَ ابْنَيْنِ وَعَجَّزَهُ أَحَدُهُمَا وَأَنْظَرَهُ الآخَرُ فَهَذَا أَوْلَى بِالمَنْعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا اجتمع الشَّرِيكَانِ على كتابة العَبْدِ، ثم عجز، فَعَجَّزَهُ أحدهما، وفَسَخَ الكِتَابَةَ، وأراد الآخَرُ إِنْظَارَهُ وإبقاء الكتابة، فَأَظْهَرُ الطريقين أنه كَابْتِدَاءِ الكِتَابَةِ، فلا يجوز إِبْقَاؤُهَا من غَيْرِ إِذْنِ الشَّرِيكِ، وفي إبقائها بِإِذْنِهِ قولان؛ وهل يكون التَّوَافُقُ على ابْتِدَاءِ الكِتَابَةِ إِذْناً في إبقائها؟ يُخَرَّجُ مِمَّا أَوْرَدَهُ الإِمَامُ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنهما إذا تَوَافَقَا على الكِتَابَةِ، فقد رضيا بأحكامها؛ ومن أَحْكَامِهَا جَوَازُ الإِنْظَارِ عند العَجْزِ.

---

(١) في أ: يمثل.

وأشبههما: المنع، وجعل الإرْفَاق نَاقِصاً لما جرى به الإِذْنُ والموافق عليه.

ومنهم من قطع بالإِذْنِ، وقال: يحتمل التَّبْعِيض في الانْتِهَاءِ، وإن لم يحتمل في الابتداء؛ لأن الدَّوَامَ أَقْوَى من الابتداء[1].

وقوله في الكتاب: «فقولان وأَوْلَى بالجَوَازِ لِقُوَّةِ الدوام» بنيه على الطريقين.

ولو كاتب إِنْسَانٌ عَبْدَهُ، ومات عن ابْنَيْنِ، وعَجَزَ المُكَاتَب، فَأَرَقَّهُ أحدهما، وأراد الثاني إِنْظَارَهُ، فيجري فيه الطَّرِيقَانِ، لأن الكِتَابَةَ بعد الموت بين الوَارِثَيْنَ ككتابة تَصْدُرُ من الشريكين، ولذلك يُعْتَقُ نصيب أحد الابنين بِإِبْرَائِهِ عن حِصَّتِهِ من النجوم، وهذه الصورة أَوْلَى بألاَّ تَتَبَعَّضَ فيها الكِتَابَةُ؛ لأنها صَدَرَتْ من واحد في الابْتِدَاءِ، وهناك تثبت من شخصين، والصَّفْقَةُ تَتَعَدَّدُ بتَعَدُّدِ العاقد.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: هَذَا بَيَانُ مَا يَصِحُّ مِنَ الكِتَابَةِ، وَمَا لاَ يَصِحُّ، فَيَنْقَسِمُ إِلَى بَاطِلٍ وَفَاسِدٍ فَالبَاطِلُ هُوَ الَّذِي اخْتَلَّ بَعْضُ أَرْكَانِهِ بِأَنْ صَدَرَ الإِيجَابُ وَالقَبُولُ مِنْ غَيْرِ مُكَلَّفٍ، أو غَيْرِ مَالِكٍ، أَوْ مُكْرَهٍ، أَوْ عَدَمِ قَصْدِ مَالِيَّةِ العِوَضِ، كَمَا لَوْ كَاتَبَ عَلَى دَمٍ أَوْ حَشَرَاتٍ، أَوِ اخْتَلَّتِ الصِّيغَةُ بِأَنْ فُقِدَ لَفْظُ العَقْدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لما تَكَلَّمَ في الأَرْكَانِ بشروطها التي هي مَنَاطُ الصِّحَّةِ أراد أن يُبَيِّنَ حَالَ الكِتَابَةِ التي لا تصلح وتنقسم إلى بَاطِلَةٍ وفَاسِدَةٍ.

أما الباطلة فهي التي اخْتَلَّ بعض أَرْكَانِهَا بأن كان السَّيِّدُ صبياً أو مَجْنُوناً، أو مُكْرَهاً على الكتابة، أو كان العَبْدُ كذلك، أو كاتب وَلِيُّ الصبي والمجنون عَبْدَهُمَا، أو لم يَجْرِ ذِكْرُ عِوَضٍ، أو ذِكْرُ ما لا يقصد ولا مَالِيَّةَ له كالدَّم والحَشَرَاتِ، أو اختلفت الصِّيغَةُ بأن فُقِدَ الإِيجَابُ أو القَبُولُ، أو لم يوافق أحدهما الآخَر.

وأما الفَاسِدَةُ فهي التي امْتَنَعَتْ صِحَّتُهَا لِشَرْطٍ فَاسِدٍ، أو لِفَوَاتِ شرط في العِوَضِ، بأن كان خَمْراً، أو خِنْزِيراً، أو مجهولاً، أو لم يُؤَجِّلْهُ، أو لم يُنَجِّمْهُ، أو كاتب بَعْضَ العَبْدِ. وضبطها الإِمَامُ فقال: إذا صدرت الكِتَابَةُ إِيجَاباً وقَبُولاً ممن تصح عِبَارَتُهُ، وظهر اشْتِمَالُهَا على قَصْدِ المَالِيَّةِ، لكنها لم تَسْتَجْمِعْ شَرَائِطَ [الصحة][2] فهي الكتابة الفَاسِدَةُ.

إذا عرفت ذلك فالكتابة البَاطِلَةُ لاَغِيَةٌ، إلاَّ أنه صَرَّحَ بالتعليق، وهو ممن يصح

---

(١) وفيه طريقة ثالثة وهي القطع بالمنع لأن ذلك يؤدي إلى أن يبقى نصف العبد مكاتباً بغير رضى الشريك والنص إبطال ذلك ابتداء فكذا في الدوام حكاها الإمام والغزالي في البسيط ووقع في الوسيط فيه خلل. قاله في الخادم.

(٢) سقط في: ز.

تَعْلِيقَهُ، فيثبت مقتضى التعليق. وأما الفَاسِدَةُ، فإنها تُشارِكُ الصَّحِيحَةَ في بعض الأحكام، على ما سنذكر على الأَثَرِ، وإنما كان كذلك على خلاف البيع، وسائر العقود، حيث لا يُفَرِّقُ فيها بين البَاطِلِ والفاسد(١)؛ لأن العِتْقَ هو المَقْصُودُ من الكتابة، ولتوقع العتق صَحَّحْنَاهَا وإلا فهي على خِلاَفِ القِيَاسِ على مَا مَرَّ، وتعليق العتق لا يفسد، وإن فَسَدَتِ الكتابة، فانْتِظَارُ العِتْقِ الذي هو المقصود [أحوج](٢) إلى أن يثبت في الفَاسِدَةِ بعض أحكام الصحيحة، هكذا وَجَّهَ الإِمَامُ.

لكن قَضِيَّةَ هذا أن تكون الكتابة البَاطِلَةُ إذا صَحَّ التَّعْلِيقُ فيها كالكِتَابَةِ التي سَمَّيْنَاهَا فَاسِدَةً. وقوله في الكتاب: «أو غير مالك» [أو بغير إذن المالك](٣)، وقوله: «أو مُكْرَهٍ» بين اشتراط الاختيار في السَّيِّدِ والعَبْدِ جميعاً، ولم يذكره في الرُّكْنَيْنِ، وقد يهمل مِثْلُ هذا لِوُضُوحِهِ.

وقوله: «أو عدم قصد مَالِيَّةِ العِوَضِ، كما لو كاتب على دَمٍ أو حَشَرَاتٍ»، في قوله: «إن الدم لا يقصد» تَوَقُّفٌ أَبْدَيْنَاه في «الخُلْعِ».

وَعَدَّ الصَّيْدَلاَنِيُّ الكِتَابَةَ على المَيْتَةِ والدَّمِ من صور الكتابة الفاسدة، كالكتابة على الخَمْرِ والخِنْزِيرِ. والله أعلم.

---

(١) في المهمات عليه بباب الخلع والعارية.
قال في الخادم: ولا يردان أما الخلع فإنه فسخ أو كالفسخ إن جعلناه طلاقاً أي وهو الأظهر وكلام الرافعي في العقود، أما العارية فيحتاج تصويرها إلى تأمل وفيها حالتان ظن بعضهم أنها من ذلك.
أحدهما: إذا قال أعرتك حماري بشرط أن تعيرني فرسك فوجهان أنها إجارة فاسدة.
والثاني: عارية باطلة، وخرجوا على الوجهين وجوب الأجرة وعدمه ووجوب الضمان وعدمه وليس ذلك للتفرقة بين الفاسد والباطل وإنما هو للتفرقة بين الإجارة والعارية.
الثانية: إعارة الدراهم والدنانير للتزين حكوا فيها وجهين، فإن صحت فهي مضمونة، وإن فسدت فقد حكوا في الضمان وجهين:
وجه الضمان: أن الفاسد حكمه الصحيح في الضمان ووجه عدم الضمان أنها عارية باطلة، كذا قاله الغزالي فأخذ من هذا التفريق بين الفاسد والباطل وليس كذلك بل في كلامه ما يدل على أنه لا عارية بالكلية حتى يعتريها البطلان بل مجرد تسليط من المالك وهذا التأويل أولى من الخروج عن القاعدة مع كون العارية من العقود الجائزة.
وقد ذكر البغوي في الدقائق أن التفرقة منحصرة في أربعة أبواب: الحج والعارية والخلع والكتابة.
وما ذكره من الحصر ممنوع بل يجري في صور:
إحداها: الإجارة الفاسدة يجب فيها أجرة المثل وإذا استأجر مثلاً صبي رجلاً بالغاً فعمل له عملاً لم يستحق شيئاً لأنه الذي فوت على نفسه عمله وتكون باطلة.
(٢) في ز: وأخرج. (٣) سقط في: ز.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: ثُمَّ الفَاسِدُ يُسَاوِي الصَّحِيحَ فِي ثَلاثَةِ أُمُورٍ: (أَحَدُهَا): أَنَّهُ يَحْصُلُ العِتْقُ بِالأَدَاءِ، لَكِنْ بِحُكْمِ التَّعْلِيقِ، فَلاَ يَحْصُلُ بِالإِبْرَاءِ وَالاعْتِيَاضِ. (والثاني): أَنَّهُ يُسْتَقَلُّ بِالكَسْبِ وَيَسْتَتْبِعُ عِنْدَ العِتْقِ مَا فَضَلَ مِنْ كَسْبِهِ، وَكَذَا وَلَدُهُ مِنْ جَارِيَتِهِ، أَمَّا وَلَدُ المُكَاتَبَةِ فَفِي سِرَايَةِ الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ إِلَيْهِ قَوْلاَنِ، كَمَا فِي سِرَايَةِ التَّعْلِيقِ. (والثَّالِثُ): أَنَّهُ يَسْتَقِلُّ حَتَّى يُعَامِلَ السَّيِّدَ، وَتَسْقُطَ عَنْهُ نَفَقَتُهُ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لاَ يُسَافِرُ، وَفِي صَرْفِ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قال الأَصْحَابُ؛ تَعْلِيقُ العِتْقِ بالصِّفَةِ على ثلاثة أَقْسَامٍ:

أحدها: التَّعْلِيقُ الخَالِي عن المُعَاوَضَةِ، كقوله: إن دخلت الدَّارَ أو إن كلمت فلاناً فأنت حُرٌّ. ومن هذا القَبِيلِ قَوْلُهُ: إن أَدَّيْتَ إِلَيَّ كذا فأنت حُرٌّ، فإن المال ليس مَذْكُوراً على سبيل الأَعْوَاضِ، فهذا لازم من الجَانِبَيْنِ، فليس لِلْعَبْدِ، ولا للسيد ولا لَهُمَا رَفْعُهُ بالقول، ويَبْطُلُ بِمَوْتِ السيد [وإذا وجدت الصِّفَةُ في حياته عُتِقَ، وكَسْبُ العبد][1] قبل وجود الصفة للسيد، ولو أَبْرَأَهُ في صُورَةِ التعليق بأَدَاءِ المال عن المال، لم يُعْتَقْ، ولا تراجع بين السَّيِّدِ وبَيْنَهُ.

والثاني: التَّعْلِيقُ في عقد يَغْلِبُ فيه معنى المُعَاوَضَةِ، وهو الكتابة الصَّحِيحَةُ، في عَقْدٍ فيه معنى المُعَاوَضَةِ، ويَغْلِبُ فيه معنى التعليق، وهو الكتابة الفَاسِدَةُ، وهي كالصحيحة في أحكام:

أَحَدُهَا: أنه إذا أَدَّى العَبْدُ المُسَمَّى عُتِقَ بموجب التعليق، ولا يُعْتَقُ بإبراء السيد، ولا بأَدَاءِ الغير عنه تبرعاً؛ لأن الصِّفَةَ المُعَلَّقَ عليها لا تَحْصُلُ بهما، بخلاف الكتابة الصحيحة. وحكى الصَّيْدَلاَنِيُّ عن أبي حنيفة أنه يُعْتَقُ بهما، ولو اعْتَاضَ عن المسمى لم يُعْتَقْ أيضاً.

وقوله في الكتاب: «فلا يحصل بالإِبْرَاءِ أو الاعتياض» ونَبَّهَ على [أن العتيق][2] يحصل بِمُوجَبِ التعليق، لا بحكم المُعَاوَضَةِ وإلاَّ فهو مما يُفَارِقُ فيه الكِتَابَةُ الفاسدة الكِتَابَةَ الصحيحة، وذِكْرُهُ هناك أَحْسَنُ.

وقوله: [الاعتياض][3] قد يفهم من السِّيَاقِ المذكور تَجْوِيزُ الاعتياض في الكتابة الصحيحة، وحُصُولِ العِتْقِ، لكن فيه خِلاَفٌ سيأتي من بَعْدُ، إن شاء الله تعالى.

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في أ: أنه.
(٣) سقط في: ز.

والثاني: أنه يَسْتَقِلُّ بالاكتساب لِيَتَرَدَّدَ وَيَتَصَرَّفَ، فيؤدي المسمى، ويُعْتَق، وإذا أدَّى فيما فَضَلَ من الكَسْبِ، فهو له، وإنما كان كذلك؛ لأن الكِتَابَةَ الفاسدة كالصحيحة في حُصُولِ العتق بأَدَاءِ المُسَمَّى والأداء يكون من الكَسْبِ، فيكون بمنزلة الصَّحِيحَةِ في الكَسْبِ. وولد المُكَاتَبِ من جَارِيَتِهِ بِمَثَابَةِ أَكْسَابِهِ لكن لا يبيعه فإنه مكاتب عليه، على ما سَنَذْكُرُ من بَعْدُ، إن يسر الله تعالى. فإذا عُتِقَ تَبِعَهُ، وعتق عليه.

والمُكَاتَبَةُ كِتَابَةً فاسدة؛ هل يتبعها وَلَدُهَا؟

فيه طريقان:

أظهرهما: على ما ذكره الإِمَامُ وغيره ـ رحمهم الله ـ، نعم كالأَكْسَابِ.

والثاني: وهو المذكور في الكِتَابِ، وحكاه الشَّيْخُ أبو عَلِيٍّ عن أبي زيد أن فيه قولين؛ لأن العِتْقَ إنما يَحْصُلُ في الكتابة الفَاسِدَةِ من جهة التعليق، وقد ذكرنا في «التَّدْبِيرِ» قولين في وَلَدِ المُعَلَّقِ عِتْقُهَا. هذا ما أَوْرَدَهُ.

وسنذكر في ولد المُكَاتَبَةِ كِتَابَةً صَحِيحَةً قولين، في أنه هل يتبعها ؟ فيمكن أن يقال: الطريقان مُتَفَرِّعَانِ على قولنا بأنه يَتْبَعُهَا هناك.

والثالث: أَوْرَدَ الإِمَامُ، وصاحب الكتاب أنه إذا اسْتَقَلَّ سقطت نَفَقَتُهُ عن السَّيِّدِ، وأن له مُعَامَلَةَ السيد كالمكاتب كتابة صحيحة.

والذي ذكره صاحب «التهذيب» أنه لا تَجُوزُ مُعَامَلَتُهُ مع السيد، وأنه لا ينفذ تَصَرُّفُهُ فيما في يَدِهِ، كما في المُعَلَّقِ عِتْقُهُ بصفة، ولعل هذه أقوى.

واختلفوا في صُورَتَيْنِ:

إحداهما: هل للمكاتب كِتَابَةً فاسدة أن يُسَافِرَ دون إِذْنِ السيد؟

يبنى ذلك على أن للمكاتب كِتَابَةً صحيحة؛ هل[1] يسافر بغير إِذْنِهِ؟

وقد نَصَّ في باب كتابة بَعْضِ العبد في «المختصر» أنه يُسَافِرُ وعن «الإملاء»: مَنْعُهُ، وفيهما طريقان لِلأَصْحَابِ:

أحدهما: أن فيه قولين:

أحدهما: المَنْعُ، وبه قال مالك؛ لما فيه من المُخَاطَرَةِ بالمال، ولهذا لم يكن لِلشَّرِيكِ أن يُسَافِرَ بغير الإِذْنِ بمال الشَّرِكَةِ.

وأصحهما: الجَوَازُ، وبه قال أبو حَنِيفَةَ وأحمد ـ رحمهما الله ـ لأنه قد يَسْتَعِينُ

(١) في أ: أن.

بالسَّفَرِ على الاكْتِسَابِ، ولأن المُكَاتَبَ في يَدِ نَفْسِهِ، والسيد يَسْتَحِقُّ عليه دَيْناً مُؤَجَّلاً، والدَّيْنُ المُؤَجَّلُ لا يمنع السَّفَرَ.

والثاني: حَمْلُهُمَا على حَالَيْنِ، حيث جوز أَرَادَ السفر القصير وحيث منع أراد السفر الطويل.

وقيل: حيث جَوَّز أراد ما إذا لم يحل النَّجْم؛ وحيث منع أراد ما إذا حَلَّ.

فإن قلنا: يسافر بغير إِذْنٍ، ففي المُكَاتَبِ كِتَابَةً فاسدة وجهان:

أحدهما: أن له ذلك أيضاً؛ لاسْتِقْلاَلِهِ بالكَسْبِ.

وأظهرهما: المنع؛ لأن تَمْكِينَهُ من الخروج عن ضَبْطِ السيد ونَظَرِهِ من غير عقد لازم بعد.

الثانية: يجب على السَّيِّدِ فِطْرَةُ المُكَاتَبِ كِتَابَةً فَاسِدَةً، وهل يصرف إليه سَهْمُ الرِّقَابِ؟ فيه وجهان عن حكاية القاضي الحسين[1]: **أحدهما**: نعم؛ لأنها من الأَكْسَابِ التي يُتَوَصَّلُ بها إلى العِتْقِ، وهو مُسْتَقِلٌّ بالاكتساب.

وأصحهما: وهو المَحْكِيُّ عن النَّصِّ: لا؛ لأن هذه الكِتَابَةَ غير لاَزِمَةٍ، والقَبْضُ فيها غير مَوْثُوقٍ به، وعلى هذا فالمَسْأَلَةُ مما يُفَارق فيها الكتابة الفاسدة الصحيحة، وكذا المُسَافَرَةُ إذا منعناها في الفَاسِدَةِ، وجَوَّزْنَاهَا في الصحيحة. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيُفَارِقُهُ فِي أَمْرَيْنِ: (أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ إِذَا أَخَذَ مَا عُلِّقَ بِهِ الأَدَاءُ رَدَّهُ، وَرَجَعَ إِلَى قِيمَةِ الرَّقَبَةِ لِفَسَادِ العِوَضِ (والثَّانِي): أَنَّها لاَ تَلْزَمُ مِنْ جَانِبِ السَّيِّدِ فَلَهُ فَسْخُهَا، وَمَهْمَا فَسَخ، أَوْ قَضَى القَاضِي بِرَدِّهَا، لَمْ يُعْتَقْ بِحُكْمِ التَّعْلِيقِ، وَإِنْ أَقدَّ؛ لِأَنَّهُ كَانَ تَعْلِيقاً فِي ضِمْنِ مُعَاوَضَةٍ، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَنْ كَفَّارَتِهِ صَحَّ، وَبَرِئَتْ ذِمَّتُهُ، وَكَانَ فَاسِخاً لِلكِتَابَةِ حَتَّى لاَ يَتْبَعَهُ الكَسْبُ، بِخِلاَفِ الكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ، فَإِنَّهَا تَمْنَعُ الإِجْزَاءَ عَنِ الكَفَّارَةِ، وَلَوْ مَاتَ السَّيِّدُ فَأَدَّى إِلَى الوَارِث، لَمْ يُعْتَقْ؛ لِأَنَّهُ لَيسَ القَائِلَ لَهُ: إِذَا أَدَّيْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: حَقُّ لفظ «الكتابة» تأنيث الكتابة، والتذكير ها هنا.

وفي قوله: «من قبل ثم الفاسد يساوي الصحيح» مَرْدُودٌ إلى العَقْدِ أو نحوه.

وفي الفصل مسائل:

---

(١) في ز: حسين.

إحداها: إذا أَدَّى العَبْدُ المَسَمَّىٰ في الكتابة الفَاسِدَةِ، وحصل العِتْقُ، فيرجع السيد بما أَدَّى؛ لأنه لم يَمْتَلِكْهُ، ويرجع السيد عليه بِقِيمَةِ رَقَبَتِهِ؛ لأن فيها معنى المُعَاوَضَةِ، وقد تَلِفَ المعقود عليه بالعِتْقِ، فهو كما لو تَلِفَ المبيع بَيْعاً فَاسِداً في يَدِ المشتري، يرجع على البائع بما أَدَّى، ويرجع البَائِعُ عليه بالقِيمَةِ، وكذا لو خَالَعَ على عِوَضٍ فاسد، إلاَّ أن الخُلْعَ لا مُسْتَدْرَكَ له، والكتابة تَقْبَلُ الرَّفْعَ، وإن كانت صَحِيحَةً، والاعتبار بقيمة يوم العِتْقِ، فإنه يوم التَّلَفِ.

وعن رواية ابن خَيْرَانَ قول: أنه يعتبر قِيمَةُ يَوْمَ العَقْدِ.

[كما في الكتابة الصحيحة، فأما إذا احتجنا إلى قسمة العِوَضِ عن العبد يُرَاعى قيمتهم يوم العقد] والظاهر المشهور: الأوَّل، وإنما اعتبرنا فيه يوم العقد في الكتابة الصَّحِيحَةِ؛ لأنه وَقْتُ الحَيْلُولَةِ، وها هنا تحصل الحَيْلُولَةُ بالعِتْقِ، وإذا هلك المُسَمَّى في يَدِ السَّيِّدِ، رجع العَتِيقُ بِمِثْلِهِ أو قيمته، فإن كان الوَاجِبُ على السَّيِّدِ من جِنْسِ القيمة بأن كان غَالِبُ نَقْدِ البلد فهو على أَقْوَالِ التَّقَاصِّ، وسيأتي ذِكْرُهَا في الكتاب إن شاء الله تعالى.

وإذا حصل التَّقَاصُّ، وفضل لأحدهما شَيْءٌ رجع بالفَاضِلِ. وما ذكرنا من التراجع[1] فيما إذا كان المُسَمَّى مِمَّا له قِيمَةٌ، فإن كان خَمْراً أو خِنْزِيراً، فلا يرجع العتيق على السَّيِّدِ بشيء، وهو يرجع على العَتِيقِ بقيمة رَقَبَتِهِ.

الثَّانِيَةُ: للسيد فَسْخُ الكِتَابَةِ الفاسدة؛ لأن المُسَمَّى فيها لا يسلم للسَّيِّدِ، فإن لِلْعَبْدِ اسْتِرْدَادَهُ، بخلاف الكتابة الصحيحة، ثم إن شاء فَسَخَ بنفسه، وإن شاء رَفَعَ[2] الأَمْرَ[3] إلى الحَاكِمِ، حتى يحكم بِإِبْطَالِهَا أو بِفَسْخِهَا.

قال القاضي الرُّويَانِيُّ: وهو كما لو وَجَدَ المُشْتَرِي بالمَبِيعِ عَيْباً، له أن يفسخ البيع بنفسه، وله أن يرفع الأَمْرَ إلى الحاكم، حتى يفسخه ولا يبطلها الحاكم من غَيْرِ طَلَبِ السيد. ذكره في «التهذيب».

ويجوز أن يُعَلَّمَ قوله في الكتاب: «فله فسخها» بالواو. لأن القاضي ابْنُ كَجٍّ ذَكَرَ أن ابن القَطَّانِ حكى عن ابن سَلَمَةَ وَجْهاً آخر: أنه لا سَبِيلَ إلى إِبْطَالِ الكِتَابَةِ الفاسدة بالقول؛ لأن العِتْقَ فيها يَحْصُلُ بحكم التَّعْلِيقِ، والتعليق لا يجوز إِبْطَالُهُ، والظَّاهِرُ الأَوَّلُ.

وإذا فسخها، أو حكم الحاكم بِإِبْطَالِهَا، ثم أَدَّى المُسَمَّىٰ لم يعتق.

وَوُجِّهَ بأنه ـ وإن كان تَعْلِيقاً ـ فهو تَعْلِيقٌ في ضمن معاوضة، وإنما عقد طالباً

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في أ: بالتراجع.
(٣) في أ: الإبراء.

لِلعِوَضِ، وكأنه قال: إن أَدَّيْتَ كذا في ضمن معاوضة فأنت حُرٌّ، فإذا ارتفعت المُعَاوَضَةُ ارتفع التَّعْلِيقُ الذي تَضَمَّنَتْهُ، وكأنه قال: إن أَدَّيْتَ فأنت حُرٌّ ما لم أرجع، فالعِتْقُ يَتَعَلَّقُ بالأَدَاءِ، وعدم الرجوع، وقد بَطَلَتْ إحدى الصِّفَتَيْنِ.

وليشهد السيد على الفَسْخِ فإن وجد أَدَاءُ المسمى، واختلفا فقال العبد: أَدَّيْتُهُ قبل أن فسخت، وقال السيد: بَلْ بَعده. فالمُصَدَّقُ العَبْدُ؛ لأن الأصل عَدَمُ الفسخ، وعلى السيد البَيِّنَةُ. الثالث إذا أعتق المُكَاتَبُ كِتَابَةً فَاسِدَةً، عُتِقَ، لا عن جِهَةِ الكتابة، وكان إِعْتَاقُهُ فَسْخاً للكتابة، وليكن الحكم كذلك لو بَاعَهُ أو وَهَبَهُ، وعلى هذا فلو أَعْتَقَهُ عند كَفَّارَتِهِ فيجْزِيهِ، وقد سبق ذِكْرُ هذا مَرَّةً في «الكَفَّارَاتِ» وحكاه الشيخ أبو عَلِيٍّ عن نَصِّ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ ثم قال: إذا عُتِقَ لا عن جِهَةِ الكتابة لم يَتْبَعْهُ الكَسْبُ والأَوْلاَدُ بخلاف الكتابة الصحيحة؛ لأن المُكَاتَبَ هناك اسْتَحَقَّ العِتْقَ على السيد بعقد[1] لاَزِمٍ، واستحق [استتباع][2] الأَكْسَابِ والأولاد فليس للسَّيِّدِ إِبْطَالُهُ، وها هنا لا اسْتِحْقَاقَ على السيد، فجعل فَاسِخاً للكتابة.

قال: وَعَرَضْتُ هذا على الشيخ القَفَّالِ، فَاسْتَحْسَنَهُ، وأَقَرَّنِي عليه ولم يَرَ غيره.

وهذا ظاهر المذهب، والمذكور في الكتاب ولْيُعْلَمْ مع ذلك قوله في الكتاب: «لأبرئت ذمته»، [وقوله][3]: «وكان فاسخاً للكتابة».

وقوله: «حتى لا يتبعه الكسب» كلها بالواو، لا كما ذكرنا في الكَفَّارَةِ: إن الإمام قال: إِجْزَاؤُهُ عن الكَفَّارَةِ مرتب على أنه إذا أَعْتَقَهُ السيد، هل يَسْتَتْبِعُ عِتْقُهُ الأَكْسَابَ والأَوْلاَدَ؟ فيه خلاف مُحَالٌ على هذا الباب، فإن لم يستتبع كان إِعْتَاقُهُ فَسْخاً وإِجْزَاءً عن الكَفَّارَةِ، وإلاَّ ففي الإِجْزَاءِ وجهان.

وقوله: «فإنها تمنع الإِجْزَاءَ عن الكفارة» يجوز أن يُعَلَّمَ بالحاء والألف؛ لما ذكرنا في الكَفَّارَاتِ.

«الرابعة»: تبطل الكتابة الفاسدة بِمَوْتِ السَّيِّدِ، فلا يحصل العِتْقُ بالأَدَاءِ إلى الوَارِثِ بعد الموت. وعن أبي حَنِيفَةَ وأحمد: أنه يَحْصُلُ، كما في الكِتَابَةِ الصحيحة.

لنا: أنها جَائِزَةٌ من الجَانِبَيْنِ، فتبطل بالموت كالوِكَالَةِ. وأيضاً؛ فإنا قد ذَكَرْنَا أن العِتْقَ فيها يَحْصُلُ بِحُكْمِ التعليق، فيبطل بالموت كسائر التعليقات.

نعم، لو قال: لو أديت إلى ذُرِّيَّتِي كذا بعد موتي، فأنت حُرٌّ. عتق بالأَدَاءِ إليهم،

---

(١) في أ: بفعل.
(٢) في ز: استمتاع.
(٣) سقط في: ز.

كما لو قال: إن دخَلْتَ الدار بعد موتي. ولا يَخْفى أن الكِتَابَةَ الفَاسِدَةَ مُفَارِقَةٌ للصحيحة في المَسَائِلِ الأربع جميعاً، وقد نُنَاقِشُ لذلك في قوله في الكتاب: «ويفارقه في أمرين» فإنه يفهم[١] الحصر، وليس بين المَسَائِلِ الثلاث بين الأخيرة رَبْطٌ حتى يجعل إفراد الرابع[٢] المذكور أولاً إفراد أيضاً.

فلا يجب الإيتاء في الكتابة الفَاسِدَة على ما سَيَأْتِي إن شاء الله تعالى. وإذا كاتب جَارِيَةً كِتَابَةً فَاسِدَةً، وعجزت عن الأَدَاءِ فارقها، أو فسخ الكتابة لم يجب الاسْتِبْرَاءُ، بخلاف ما في الكِتَابَةِ الصحيحة.

ولو عَجَّلَ النُّجومَ في الكتابة الفاسدة؛ فهل يُعْتَقُ كما في الكِتَابَةِ الصحيحة، أو لا يعتق؛ لأن الصِّفَةَ لم توجد على وَجْهِهَا؟

فيه وجهان[٣] هذا تَمَامُ الكلام في أَرْكَانِ الكتابة بِتَوَابِعِهِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: النَّظَرُ الثَّانِي: في أَحْكَامِهَا، وَهِيَ خَمْسَةٌ: الأَوَّلُ مَا يَحْصُلُ بِهِ العِتْقُ وَفِيهِ مَسَائِلُ سِتَّةٌ: الأُولَى أَنَّهُ يَحْصُلُ فِي الصَّحِيحَةِ بِأَدَاءِ النُّجُوم، وَبِالإِبْرَاءِ، وَبالاَعْتِيَاضِ، وَلاَ يَحْصُلُ بِجُزْءٍ مِنَ النُّجُوم جُزْءٌ مِنَ الحُرِّيَّةِ حَتَّى يُؤَدِّي الكُلَّ، وَلَوْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ دُفْعَةً عُتِقَ أَحَدُهُمَا بِأَدَاءِ نَصِيبِهِ قَبْلَ أَدَاءِ الثَّانِي، وَلَوْ كَاتَبَا عَبْداً لَمْ يُعْتَقْ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا مَا لَمْ يُؤَدِّ جَمِيعَ النُّجُومِ إِلَيهِمَا، إِلاَّ أَنْ يُكَاتِبَ وَاحِدٌ، وَيُخَلِّفَ ابْنَيْنِ، فَيُعْتَقَ نَصِيبُ أَحَد الاَبْنَيْنِ بِأَدَاءِ نَصِيبِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قوله: «في أحكامها» يرجع إلى الكتابة المُسْتَجْمِعَةِ الأركان بِشَرَائِطِهَا، وهي الصحيحة، هذا هو المَعْهُودُ من تَرْتِيبِ صاحب الكتاب في المقدمة. وحينئذ فقوله في الصحيحة حيث قال: «يحصل في الصحيحة بأداء النجوم» مُسْتَغْنًى عنه. واعْلَمْ أنه جعل أحكام الكتابة الصحيحة خَمْسَةَ أَنْوَاعٍ، وأَدْرَجَ فيها ما يحتاج إلى مَعْرِفَتِهِ في هذا النَّظَرِ:

أحدها: أن العتق بم يحصل، ولا شَكَّ في حصوله بأَدَاءِ النجوم بِتَمَامِهَا، وكذلك بالإِبْرَاءِ عنها على قَضِيَّةِ الإِبْرَاءِ عن الثَّمَنِ والأُجْرَةِ.

وأما قوله: «وبالاعتياض»؛ فهذا قد أَرْسَلَهُ إِرْسَالاً، والمفهوم منه إذا أخذ عن النجوم عِوَضاً حصل العِتْقُ لِبَرَاءَةِ الذمة عن النجوم، لكن في جَوَازِ الاستبدال عن النُّجُومِ

---

(١) في ز: يظهر.
(٢) في أ: التراجع.
(٣) قال النووي في زياداته: أصحهما الثاني.

خِلاَفٌ قد [صرح][(١)] به من بَعْدُ وإنما يستمر ما أَطْلَقَهُ ها هنا على تَجْوِيزِ الاسْتِبْدَالِ، وقد أجرى مِثْلَ هذا من خلاف أحكام الكتابة الفاسدة.

وإذا جوزنا الحِوَالَةَ بالنُّجُوم، أو عليها، فيحصل العتق بِجَرَيَانِ الحِوَالَةِ أيضاً، ولا يحصل بأَدَاءِ بَعْضِ النجوم، أو بالإِبْرَاءِ عن بعضها عن بعض العَبْدِ، بل يتوقف على أَدَاءِ الكل، والإبراء عن الكُلِّ؛ لما روي عن عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عن أبيه، عن جَدِّهِ ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ من كِتَابَتِهِ»[(٢)].

ولو كاتب عَبْدَيْنِ أو عَبِيداً دُفْعَةً واحدة، فقد ذكرنا خِلاَفاً في صِحَّةِ هذه الكتابة، وإذا صَحَّحْنَاهَا ـ وهو الأَظْهَرُ ـ فقد بَيَّنَّا أنه إذا أدّى بَعْضُهُمْ حِصَّتَهُ عُتِقَ، وإن لم يُؤَدِّ الآخر، وحكينا خِلاَفَ أبي حنيفة، ومالك ـ رحمهما الله ـ فيه، فَلْيُعَلَمْ قوله: «عتق أحدهما» [بالحاء والميم، ويجوز أن يُعَلَّمَ بالواو أيضاً؛ لأن عِتْقَ أحدهما][(٣)] بأداء نصيبه إنما يَسْتَمِرُّ على قَوْلِنَا بِصِحَّةِ الكتابة. فأما إذا حَكَمْنَا بِفَسَادِهَا فقد مَرَّ هناك أن الأَقْيَسَ أنه لا يعتق بعضهم بأداء حِصَّتِهِ خَاصَّةً.

ولو كاتب اثْنَانِ عَبْداً مُشْتَرَكاً بينهما معاً، فينبغي أن يسوى بينهما في الأَدَاءِ، ولا يعتق نصيب أحدهما بأَدَاءِ نصيبه من النجوم على ما سيأتي.

ولو كاتب إنسان عَبْداً ومات، وخَلَّفَ ابنين، فَأَدَّى نصيب أحد الابنين بغير إِذْنِ الآخَرِ، لم يعتق نَصِيبُهُ، وإن أدَّاهَ بالإِذْنِ ففي عَتْقِ نصيبه خِلاَفٌ سنشرحه من بَعْدُ إن شاء الله تعالى.

والذي أَطْلَقَهُ ها هنا جَوَابٌ على أحد القَوْلَيْنِ، وليعلم بالواو لما سيأتي.

وقوله: «إلا أن يكاتب واحداً ويخلف ابنين» لا يخفى أنه ليس باسْتِثْنَاءٍ مُحَقَّقٍ، ولما ذكر أن العِتْقَ لا يَتَبَعَّضُ بِبَعْضِ النجوم أَدَاءً أو إِبْرَاءً.

أَشَارَ بِذِكْرِ هذه الصورة إلى أن ذلك فيما إذا اتَّحَدَ المُكَاتَبُ والمالك، فأما إذا

---

(١) سقط في: ز.

(٢) رواه أبو داود [٣٩٢٦ ـ ٣٩٢٧] والنسائي والحاكم [٢/٢١٨د رواه ابن ماجه [٢٥١٩] رواه الترمذي [٢٦٠] من طرق، رواه النسائي وابن حبان من وجه آخر من حديث عطاء عن عبد الله بن عمرو بن العاص في حديث طويل، ولفظه: ومن كان مكاتباً على مائة درهم، فقضاها إلا أوقية، فهو عبد، قال النسائي: هذا حديث منكر، وهو عندي خطأ، وقال ابن حزم: عطاء هذا هو الخراساني، ولم يسمع من عبد الله بن عمرو، وقال الشافعي من حديث عمرو بن شعيب: لا أعلم أحداً روى هذا إلا عمرو بن شعيب، ولم أر من رضيت من أهل العلم يثبته، وعلى هذا فتيا المفتين. قاله الحافظ في التلخيص.

تَعَدَّدَ المُكَاتَبُ فقد تَتَبَعَّضُ، وكذلك إذا تعدد المالك مما في مَسْأَلَةِ الوَارِثِينَ على رَأيٍ.

واعلم أن المسائل والصُّوَرَ المتعلقةُ بقاعدة واحدة كثيراً مَا وَقَعَتْ مُتَبَدِّدَةً في الكتاب، وتَوَلَّدَ من ذلك بَعْضُ التطويل والتَّكْرَارِ، ولو وقعت مَجْمُوعَةً لكانت أَقْرَبَ إلى الفَهمِ والاختصار، وكِتَابَةُ الشريكين العَبْدَ المُشْتَرَكَ من هذا القَبِيلِ، فَتَأَمَّلْ صورها.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ إِذَا جُنَّ السَّيِّدُ وَقَبَضَ النُّجُومَ لَمْ يُعْتَق حَتَّى يُسَلِّمَ إِلَى القَيِّمِ، وَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِ السَّيِّدِ فَلاَ ضَمَانَ لِلتَّقْصِيرِ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ، وَلَوْ جُنَّ العَبْدُ فَقَبَضَ مِنْهُ السَّيِّدُ عُتِقَ لِأَنَّ فِعْلَهُ لَيسَ بِشَرْطٍ أَمَّا الكِتَابَةُ الفَاسِدَةُ فَتَنْفَسِخُ بِجُنُونِهِمَا عَلَى وَجْهٍ لِجَوَازِهَا، وَلاَ تَنفَسِخُ عَلَى وَجْهٍ؛ لِأَنَّ مَصِيرَهَا إلى اللُّزُومِ، وَتَنْفَسِخُ عَلَى وَجْهٍ بِجُنُونِ المَالِكِ دُونَ جُنُونِ العَبْدِ، لأَنَّ الصَّحِيحَةَ أَيْضاً جَائِزَةٌ فِي حَقِّ العَبْدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا تنفسخ الكِتَابَةُ بجُنُونِ السيد، ولا تنفسخ بِجُنُونِ العبد، ولا بإِغْمَائِهِمَا؛ لأن الكِتَابَةَ لاَزِمَةٌ من أَحَدِ الطرفين فَأَشْبَهَتِ الرَّهْنَ، وإنما تَنْفَسِخُ بالجُنُونِ العُقُودُ الجَائِزَةُ من الطرفين كالشَّرِكَةِ والوكَالَةِ.

ثم إذا جُنَّ السَّيِّدُ، فعلى المُكَاتَبِ تَسْلِيمُ المال إلى قَيِّمِهِ، فإن سلم إليه لم يُعْتَقْ؛ لأن قَبْضَهُ فَاسِدٌ، ولو[1] تَلِفَ في يَدِهِ، فلا ضَمَانَ، لتقصيره بالتسليم إليه.

ثم إن لم يكن في يَدِ المُكَاتَبِ شيء آخر يُؤَدِّيهِ في الكتابة فِلِلْقَيِّم تَعْجِيزُهُ، فلو حُجِرَ عليه بالسَّفَهِ فهو كالوَجْهَيْنِ، فإذا أَدَّى المُكَاتَبُ إليه في حال الحَجْرِ وعجزه الولي ثم رُفِعَ الحَجْرُ عنه لم يَلْغُ التَّعْجِيزُ.

ومنهم من أَثْبَتَ فيه قولين، كما سبق في المُرْتَدِّ، إذا أَخَّرَ[2] النجوم وعجز الحاكم المُكَاتَبَ، ثم أسلم المُرْتَدُّ.

والظاهر الأَوَّل، وفرق بينهما بأن حَجْرَ السَّفِيهِ أَقْوَى؛ ألا ترى أن تَصَرُّفَهُ لا ينفذ، وتصرف المُرْتَدِّ يَنْفُذُ في قول، وبأن الحجر على السفيه لحفظ[3] ماله، فلو حُسِبَ عليه ما أَخَذَهُ وأَتْلَفَهُ في حال الحَجْرِ لم يحصل حِفْظُ المال.

والحَجْرُ على المُرْتَدِّ لِرِعَايَةِ حَقِّ المسلمين؛ فإذا عَادَ إلى الإِسْلاَمِ، فلا حَقَّ لهم في ماله ولا يَضُرُّهُمْ احتِسَابُ ما أخذه عليه. وإذا جُنَّ العَبْدُ فَأدى في جُنُونِهِ، أو أخذه السيد من غير[4] أَدَاءٍ منه يُعْتَقُ.

---

(١) في ز: وإن.
(٢) في ز: أخذ.
(٣) في أ: يحفظ.
(٤) في أ: بغير.

ووجه ذلك بأن قَبْضَ النجوم مُسْتَحَقٌّ، ولو أخذها المولى من غير إقْبَاضٍ من المُكَاتبِ، وقع موقعه[١]، وإذا كان الأَمْرُ بهذه المَثَابَةِ، فبالأخذ تَبْرَأُ ذِمَّتُهُ، وإذا بَرِىءَ عُتِقَ. هذا هو المشهور المذكور في الكتاب.

وقال الإمام: إن عَسِرَ وُصُولُ السَّيِّدِ إلى حَقِّهِ إلا من جِهَةِ قبض ما يصادف، فله ذلك، وإن [أَمْكَنَ][٢] مُرَاجَعَةُ من ينصبه القاضي نَاظِراً لِلْمُكَاتبِ، فلا وَجْهَ لاسْتِبْدَادِهِ بالقَبْضِ عندنا، ولو اسْتَبَدَّ لم يَصِحَّ، وإذا لم يَصِحَّ؛ فلو أقبض المَجْنُون لم يكن لإِقْبَاضِهِ حُكْمٌ.

وفي خلال كَلاَمِ الإمام إِثْبَاتُ قول أو وجه في أن الكِتَابَةَ تَنْفَسِخُ بجنون المُكَاتَبِ، وقد تَعَرَّضَ له صَاحِبُ الكتاب من بَعْدُ، فإن ثبت ذلك رُخِّصَ في إعلام قوله ها هنا: «عتق» بالواو وهذا في الكتابة الصحيحة وأما الفَاسِدَةُ؛ فهل تَبْطُلُ بجنونهما وإغمائهما؟

فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: نعم؛ لِجَوَازِهَا من الطرفين كالشَّرِكَةِ والوِكَالَةِ.

والثاني: لا؛ لأن المُغَلَّبَ فيها التَّعْلِيقُ، والتعليق لا يَبْطُلُ بالجنون، ويحكى هذا عن الشيخ أبي حَامِدٍ، وهو الأَصَحُّ عند الإِمَامِ ووجهه بأنها ـ وإن كانت جَائِزَةً ـ فَمَصِيرُهَا إلى اللُّزُومِ كالبيع في زمان الخِيَارِ.

وأصحها عند الأكثرين ـ وهو ظَاهِرُ النَّصِّ ـ أنها تبطل بِجُنُونِ السَّيِّدِ وإغمائه بالحَجْرِ عليه، ولا تبطل بِجُنُونِ العبد وإِغْمَائِهِ.

والفَرْقُ أن الحَظَّ في الكتابة للعبد، لا للسيد؛ لما سبق أنها تَبَرُّعٌ، فيؤثر اختلال عقل السيد، ولا يُؤَثِّرُ اخْتِلاَلُ عَقْلِ العبد.

وأيضاً فإن العَبْدَ لا يَتَمَكَّنُ من فَسْخِ الكتابة، ورفعها صحيحة كانت أو فاسدة، وإنما يعجز نفسه، ثم السيد يَفْسَخُ إن شاء، وإذا لم يملك الفَسْخَ لم يُؤَثِّرْ جُنُونُهُ.

وأيضاً فإن الكِتَابَةَ الصحيحة أيضاً جائزة في حَقِّ العَبْدِ، وجوازها لا يقتضي بُطْلاَنَهَا بجنونه؛ فكذلك الكِتَابَةُ الفاسدة، فإن قلنا: إنها لا تبطل، فلو أَفَاقَ وأَدَّى المسمى عُتِقَ، وثبت التَّرَاجُعُ، وبمثله أجابوا فيما إذا أخذ السَّيِّدُ في جُنُونِهِ، وقالوا: ينصب الحاكم مَنْ يرجع له.

وينبغي أن يقال: لا يُعْتَقُ ها هنا بِأَخْذِ السيد وإن قلنا في الكِتَابَةِ الصحيحة: إنه يُعْتَقُ؛ لأن المُغَلَّبَ ها هنا التَّعْلِيقُ، والصفة المعلق عليها الأَدَاء من العبد، ولم يوجد

---

(١) في أ: موضعه.

(٢) سقط في: ز.

وإذا قلنا: إنها تَبْطُلُ؛ فلو أدَّى المُسَمَّى، ففي حصول العِتْقِ وجهان:

أظهرهما: أنه لا يَحْصُلُ؛ لأن العِتْقَ بالتعليق في الكِتَابَةِ الفاسدة يَتْبَعُ الكِتَابَةَ، فإذا ارْتَفَعَتِ ارتفع التَّعْلِيقُ، كما لو فسخها السَّيِّدُ.

والثاني: يحصل؛ لوجود الصِّفَةِ المُعَلَّقِ عليها، ويخالف ما لو فَسَخَ السيد، فإن فَسْخَهُ رَفْعٌ للتعليق من جِهَتِهِ.

وعلى هذا قال الإِمَامُ: الوَجْهُ القَطْعُ بأنه لا تَرَاجُعَ؛ لأن التَّرَاجُعَ قَضِيَّةُ الكتابة الفَاسِدَةِ، وقد زَالَتْ وبقي التعليق المَحْضُ. ومن أصحابنا مَنْ أَثْبَتَ الرُّجُوعَ على العَبْدِ بالقيمة قال: وَمَسَاقُهُ أن يتبعه الكَسْبُ، وهذا كالنَّدَمِ على الحكم بارتفاع الكِتَابَةِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثَةُ إِذَا كَاتَبَا عَبْداً ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عُتِقَ وَسَرَى فِي الحَالِ عَلَى قَوْلٍ، وَفِي قَوْلٍ آخَرَ: لاَ يَسْرِي إِلاَّ أَنْ يُرَقَّ النَّصِيبُ الثَّانِي بِالعَجْزِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي فِي الحَالِ، فَتَنْفَسِخُ الكِتَابَةُ فِي مَحَلِّ السِّرَايَةِ، وَيَنْتَقِلُ مُكَاتَباً وَيُعْتَقُ حَتَّى يَكُونَ الوَلاَءُ لِلشَّرِيكِ لاَ لِمَنْ سَرَى عَلَيْهِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَقِيلَ: إِنَّ كَوْنَهُ مُكَاتَباً يَمْنَعُ السِّرَايَةَ، ثُمَّ إِبْرَاءُ أَحَدِهِمَا يَجْرِي مَجْرَى إِعْتَاقِهِ فِي السِّرَايَةِ وَكَذَا قَبْضُ نَصِيبِ نَفْسِهِ بِرِضَا صَاحِبِهِ إِنْ قَضَيْنَا بِأَنَّهُ يُوجِبُ العِتْقَ، فَيَسْرِي وَلاَ نَقُولُ: هُوَ مُجْبَرٌ عَلَى القَبُولِ؛ لِأَنَّهُ اخْتَارَ أَصْلَ العَقْدِ، نَعَمْ أَحَدُ الابْنَيْنِ إِذَا قَبَضَ نَصِيبَهُ عُتِقَ (و) وَلَمْ يَسْرِ (و) لِأَنَّهُ مَقْهُورٌ فِي القَبْضِ، وَلَمْ يَصْدُرِ العَقْدُ مِنْهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا كاتب الشَّرِيكَانِ العَبْدَ المشترك معاً، ثم أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عُتِقَ، وهل يَسْرِي إلى نصيب الشَّرِيكِ إن كان مُوسِراً؟

عن حكاية صاحب «التقريب» وَجْهٌ أو قَوْلٌ مُخَرَّجٌ: أنه لا يَسْرِي.

وقد ذكرناه بتوجيهه في كتاب «العِتْقِ»، وهذا ما ذكره آخِراً في الكتاب. فقال: «وقيل: إن كَوْنَهُ مُكَاتَباً يمنع السِّرَايَةَ»، والمذهب المشهور ثُبُوتُ أَصْلِ السِّرَايَةِ، وفي وقتها قَوْلاَنِ:

أحدهما: أنها تَثْبُتُ في الحال؛ لأنه قد عُتِقَ بعضه، والمقصود من شرع السِّرَايَةِ ألا تَتَبَعَّضَ الحُرِّيَّةُ.

وأظهرهما: أنها لا تَثْبُتُ في الحَالِ؛ لأنه قد انعقد سَبَبُ الحرية للنصيب الآخر، وقد يؤدي ويعتق. ولأن العبد يَتَضَرَّرُ به من حيث إنه ينقطع عنه الوَلَدُ والكَسْبُ. وعن أبي الطَّيِّبِ بن سلمة: القَطْعُ بالقول الثاني.

فإن قلنا بالسِّرَايَةِ في الحال، فَتَنفَسِخُ الكِتَابَةُ في نَصِيبِ الشريك فيسري[1] العِتْقُ مع بقاء الكِتَابَةِ؟

فيه وجهان:

أظهرهما: ـ ولم يُورِدْ أكثرهم غَيْرَهُ ـ أنها تَنفَسِخُ؛ لأن الإِعْتَاقَ أَقْوَى من الكتابة، فعلى هذا يُعْتَقُ كُلُّهُ على الشَّرِيكِ المعتق، ويكون الوَلاَءُ له.

والثاني: يَسْرِي العِتْقُ إليه، مع بَقَاءِ الكتابة لئلا تَتَبَعَّضَ الحُرِّيَّةُ، ولا يبطل حق الآخر، وعلى هذا فَوَلاَءُ النِّصْفِ الآخر للشريك، لا للذي أعتق نَصِيبَهُ.

وإن قلنا: لا تثبت السِّرَايَةُ في الحَالِ؛ فإن أَدَّى نَصِيبَ الآخر من النجوم، عُتِقَ عن الكتابة، وكان الوَلاَءُ بينهما. فإن عَجَزَ وعاد إلى الرِّقِّ، تثبت السِّرَايَةُ حينئذ، ويكون الوَلاَءُ كله للشريك المُعْتِقِ، ويجيء الخِلاَفُ في أنها تَثْبُتُ بنفس العجز، أو بأداء القيمة، أو يَتَبَيَّنُ بأَدَاءِ القيمة حُصُولُ العتق من وقت العَجْزِ، ويجري هذا الخِلاَفُ على قولنا بثبوت السِّرَايَةِ في الحال. وأيضاً: وإن مات قبل الأَدَاءِ أو العجز، فقد مات [حراً][2] وَبَعْضُهُ رَقِيقاً. وهل يورث عنه؟

فيه الخلاف المذكور في «الفَرَائِضِ». ولو أَبْرَأَ أَحَدُ الشريكين عن نَصِيبِهِ من النجوم، فهو كما لو أَعْتَقَهُ والقول في السِّرَايَةِ، وفي وقتها، كما ذكرنا فيما لو أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نصيبه، فلو قبض أحدهما نَصِيبَهُ من النجوم بِرِضَا صاحبه، فهل يعتق نصيبه؟

فيه خلاف يأتي شَرْحُهُ إن شاء الله ـ تعالى ـ في المسألة الخَامِسَةِ من الحكم الثاني. فإن قلنا: يُعْتَقُ، فهو كالإِعْتَاقِ في السِّرَايَةِ وَوَقْتِهَا.

قال الإمام: ولا نقول: هو مُجْبَرٌ على القَبْضِ، فلا يَسْرِي؛ لأنه مختار في إِنْشَاءِ الكِتَابَةِ التي اقْتَضَتْ إِجْبَارَهُ على القبض، فهو كما لو قال أَحَدُ الشَّرِيكين: إذا طلعت الشَّمْسُ فَنَصِيبِي منك حُرٌّ. فإذا طلعت عُتِقَ نصيبه، وسَرَى؛ لأنه مُخْتَارٌ في التعليق.

نعم: إذا كاتب عَبْداً، ومات عن ابْنَيْنِ، فقبض أحدهما نَصِيبَهُ وقلنا: إنه يُعْتَقُ نصيبه على ما سَيَأْتِي إن شاء الله ـ تعالى ـ فلا يَسْرِي؛ لأنه مُجْبَرٌ على القَبْضِ، وابتداء الكِتَابَةِ لم تصدر منه ويجوز أن يُعْلَمَ قوله: «عتق» بالواو، وكذا قوله: «ولم يسر» لما سنذكر من بَعْدُ إن شاء الله تعالى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرْعٌ: لَوِ ادَّعَى العَبْدُ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ أَنَّهُ وَفَّاهُمَا بِالنُّجُومِ فَصَدَّقَهُ

---

(١) في ز: أفيسري.

(٢) سقط في: ز.

أَحَدُهُمَا عُتِقَ نَصِيبُ المُصَدِّقِ وَيَجْرِي الخِلاَفُ فِي السِّرَايَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي التَّصْدِيقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قال العبد لمالكيه ـ وقد كَاتَبَاهُ ـ: قد وَفَّيْتُ عليكما النُّجُومَ. وأَنْكَرَا، فهما المُصَدَّقَانِ باليمين، وإن صَدَّقَهُ أحدهما، وكَذَّبَهُ الآخَرُ، عُتِقَ المُصَدِّقُ، والمُكَذِّبُ مُصَدَّقٌ بِيَمِينِهِ، وهل يَسْرِي العِتْقُ من نصيب المُصَدِّقِ إلى نصيب المُكَذِّبِ؟ فيه اخْتِلاَفٌ سيظهر في الفصل، والظاهر: المنع.

والاختلاف في غير [النجم][(١)] الأَخِيرِ، كالاختلاف فيه، إلاَّ أن العِتْقَ لا يحصل بما سِوَّى النجم الأخير.

ولو قال المُكَاتَبُ لأحدهما: دَفَعْتُ إليك جَمِيعَ النجوم، لِتَأْخُذَ نَصِيبَكَ، وتدفع نَصِيبَ الآخر إليه، فقال: دَفَعْتَ إِلَيَّ نصيبي ودفعت نصيب الآخر إليه بنفسك، وأنكر الآخَرُ القَبْضَ؛ عتق نصيب المُقِرِّ، وصُدِّقَ في أنه لم يَقْبِضْ نَصِيبَ الآخر باليمين، وصُدِّقَ الآخر في أنه لم يَقْبِضْ نَصِيبَهُ، ولا حَاجَةَ إلى اليمين؛ لأن المُكَاتَبَ لا يَدَّعِي عليه شَيْئاً، ثم يَتَخَيَّرُ المُنْكِرُ بين أن يأخذ حِصَّتَهُ من النجوم من العَبْدِ، وبين أَنْ يَأْخُذَ من المُقِرِّ نِصْفَ ما أخذ؛ لأن كَسْبَ المُكَاتَبِ مُتَعَلِّقُ حقهما بالشركة، ويأخذ الباقي من العَبْدِ. ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ المقر عليه؛ لأنه مُتَّهَمٌ بدفع الشركة عن نفسه، ولأن المُكَاتَبَ لا يَدَّعِي عليه شَيْئاً.

وإذا عَجَزَ المُكَاتَبُ عما طالبه المُنْكِرُ به، فله تَعْجِيزُهُ وإِرْقَاقُ نَصِيبِهِ، ثم عن نَصِّهِ في «الإملاء» أنه يُقَوِّمُ ما أَرَقَّهُ على المقر[(٢)] وروى أن ابن سلمة، وابن خَيْرَانَ نَقَلاَهُ إلى الصُّورَةِ السابقة، وجعلوا التقويم[(٣)] عند التعجيز في الصُّورَتَيْنِ على قولين.

ووجه المَنْع بأن المقر لم ينشىء إِعْتَاقاً، وإنما اسْتَوْفَى ما ثبت له بحكم الكِتَابَةِ، فصار كما لو اسْتَوْفَى أَحَدُ ابْنَي المُكَاتَبِ حِصَّتَهُ من النجوم، ولا يُقَوَّمُ عليه نَصِيبُ أخيه.

والثاني: بأن العِتْقَ مضاف إليه، ألا ترى أنه يَثْبُتُ له الوَلاَءُ؟ وفي مسألة الابنين الوَلاَءُ للمورث. وامتنع الأَكْثَرُونَ من نَقْلِهِ إلى تلك الصُّورَةِ، وفَرَّقُوا بأن العَبْدَ هناك يقول: أنا حُرٌّ كَامِلُ الحَالِ، فلا يستحق التقويم.

وها هنا يعترف بأن نَصِيبَ المنكر منه لم يُعْتَقْ.

وفي كتاب الصَّيْدَلاَنِيِّ طَرِيقَةٌ قَاطِعَةٌ بالتَّقْوِيمِ في الصورتين.

---

(١) في ز: النجوم.

(٢) في أ: المنكر.

(٣) في أ: التقديم.

واعلم أن ما ذَكَرْنَاهُ من أنه: هل يُقَوَّمُ مَا رُقَّ عند العجز يشبه أن يكون تَفْرِيعاً على أن السِّرَايَةِ تَثْبُتُ عند العجز، وإنَّا إذا أثبتنا السِّرَايَةَ ها هنا يجيء القَوْلُ الآخَرُ في أنها تَثْبُتُ في الحال.

وقد أَطْلَقَ الإِمَامُ والمُصَنِّفُ في مسألة الكتابة قَوْلَيْنِ في أنه إذا عتق نصيب المُصَدِّقِ؛ هل يَسْرِي العِتْقُ إلى نصيب المكذب؟

أحدهما: نعم؛ لأنه عتق نَصِيبُهُ.

والثاني: لا؛ لأنه يقول: عُتِقَ النصيبان معاً، فلا معنى لإِلْزَامِهِ السِّرَايَةَ، وتَمَامُ التَّفْرِيعِ على هذا الإيراد أن يقال: إن قلنا: لا سِرَايَةَ فذاك، وإن أَثْبَتْنَاهَا فتثبت في الحال، أو عند العجز؟ فيه القولان.

وقوله في الكتاب: «ويجري الخلاف في السِّرَايَةِ عليه؛ لأنه مختار في التصديق» مَحْمُولٌ على القولين اللَّذَيْنِ أَطْلَقَهُمَا الإِمَامُ على ما بَيَّنَهُ في «الوسيط»، لكن ذكر الخلاف بالألف واللام ليس بِحَسَنِ المَوْقِعِ؛ لأن الخِلاَفِ في [أنه][1] هل يَسْرِي؟ لم يَجْرِ له ذِكْرٌ حتى يُعَرَّفَ بالألف واللام، ورده إلى ما ذكر من قبل أن الكتابة هل تمنع السراية؟ بعيد، وكان الأَوْلَى أن يقول: وفي السِّرَايَةِ عليه خِلاَفٌ.

وقوله: «لأنه مُخْتَارٌ في التَّصْدِيقِ» توجيه السِّرَايَةِ، كأنه يقول: هو بالتصديق مختار لِلْعِتْقِ، فَأَشْبَهَ ما إذا أَعْتَقَ أو أَبْرَأَ عن النجوم.

ولو قال المُكَاتَبُ لأحدهما: دفعت النُّجُومَ إليك لِتَأْخُذَ نَصِيبَكَ، وتدفع نَصِيبَ الآخر إليه ـ كما صورنا ـ فقال في الجَوَابِ: قد فَعَلْتُ ما أَمَرْتَ به، وأنت عَتِيقٌ فأنكر الآخر، عُتِقَ نصيب المُقِرِّ، وصدق المُنْكِرُ بِيَمِينِهِ، فإذا حلف، بَقِيَ نَصِيبُهُ مُكَاتباً، وله الخِيَارُ بين أخذ حِصَّتِهِ من المكاتب، وبين أَخْذِهِ من المقر لإقراره بأخذها، ومن أَيِّهِمَا أخذ عُتِقَ نصيبه، ثم إن أخذها من المكاتب، فله الرُّجُوعُ على المِقِرِّ؛ لأنه وإن صَدَّقَهُ في الدفع إلى الشريك ـ فإنه كان ينبغي أن يُشْهِدَ عليه.

وإن أخذها من المقر، فلا رُجُوعَ له على المُكَاتَبِ لاعْتِرَافِهِ بأنه مَظْلُومٌ، وإذا اختار الرُّجُوعَ على المُكَاتَبِ، فله يأخذ حِصَّتَهُ من المقر، ولم يَدْفَعْهَا إلى المنكر، وعَجَّزَ نفسه، فَنِصْفُهُ حُرٌّ، ونصفه رقيق، فَيُقَوَّمُ على المُقِرِّ، فيأخذ المنكر منه قِيمَةَ النصف، ويأخذ أيضاً ما أقر له بقبضه، فإنه كسب النصف الذي كان مَلِكَهُ. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعَةُ: أَحَدُ ٱلابْنَيْنِ الوَارِثَيْنِ إِذَا أَعْتَقَ نَصِيبَهُ نَفَذَ، وَيَسْرِي عَلَى

(١) سقط في: ز.

قَوْلٍ، إِمَّا فِي الحَالِ، وَإِمَّا عِنْدَ العَجْزِ، وَإِنْ قُلْنَا: لاَ يَسْرِي، وَرُقَّ النَّصِيبُ الآخَرُ فَهَلْ يَتَبَيَّنُ انْفِسَاخُ الكِتَابَةِ فِي النِّصْفِ الَّذِي أُعْتِقَ حَتَّى يَكُونَ الوَلاَءُ لِلْمُعْتِقِ خاصَّةً، أَوْ نَقُولَ: لَمْ تَنْفَسِخْ، وَالوَلاَءُ فِي ذَلِكَ النِّصْفِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا كاتب عَبْداً، ومات عن ابنين، فهما قَائِمَانِ مَقَامَهُ، في أنهما إذا أَعْتَقَاهُ، أو أَبْرَآهُ عن النجوم عُتِقَ، وكذا لو اسْتَوْفَيَاهَا، ولو أَعْتَقَهُ أحدهما، أو أعتق نصيبه عتق نصيبه وكذا لو أَبْرَأَهُ أحدهما عن نَصِيبِهِ من النجوم.

وعند أبي حَنِيفَةَ والمُزَنِيِّ: لاَ يُعْتَقُ نَصِيبُهُ بالإِبْراء حتى يشتريه الآخر أو يَسْتَوْفِيَ نصيبه، كما لو كان الأَبُ حَيّاً، فَأَبْرَأَهُ عن بعض النجوم.

وأجاب الأَصْحَابُ ـ رحمهم الله ـ بأنه هناك لم يبرئه عن جَمِيعِ ما له عليه، وأحد الابنين إذا أَبْرَأَهُ عن نَصِيبِهِ من النجوم، فقد أَبْرَأَهُ عن جَمِيعِ مَا لِهِ عليه، فَصَارَ كما لو أَبْرَأَهُ أَحَدُ الشريكين عن نصيبه من النجوم. وربما طُرِدَ خِلاَفُ أبي حَنِيفَةَ في إِعْتَاقِ أحدهما نَصِيبَهُ. والذي ذكرنا أنه إذا أعتق نَصِيبَهُ، أو أَبْرَأَهُ عن نصيبه من النجوم يُعْتَقُ نصيبه. هو المشهور الذي أَطْلَقَهُ عامَّةُ الأصحاب ـ رحمهم الله ـ.

وقال صاحب «التهذيب»: قضية سِيَاقِ «المختصر» حُصُولُ قَوْلَيْنِ في عتق نصيبه:

أحدهما: العِتْقُ.

وأصحهما: المَنْعُ، بل يُوقَفُ، فإن أَدَّى نصيب الآخر عُتِقَ كله والوَلاَءُ لِلأَبِ، وإن عَجَزَ؛ فإن كان قد أعتق نصيبه، عُتِقَ الآن نَصِيبُهُ، ثم إن كان مُعْسِراً، فله وَلاَءُ ما عتق، والباقي للآخر، وإن كان مُوسِراً، قُوِّمَ عليه الباقي وبطلت كِتَابَةُ الأب، وكان وَلاَءُ الكل له. وإن كان قد أَبْرَأَهُ عن نَصِيبِهِ من النجوم، فلا يُعْتَقُ شَيْءٌ منه بالعجز، لأن الكِتَابَةَ تبطل بالعَجْزِ والعِتْقُ في غير الكتابة لا يَحْصُلُ بالإبراء.

ويجوز أن يُعلَمَ لما تبين قوله في الكتاب: «نفذ» بالحاء والواو.

وإذا أجرينا على المَشْهُورِ، وقلنا: يُعْتَقُ نَصِيبُهُ؛ فإن كان الذي أعتق نصيبه، أو أبرأه مُعْسِراً، بَقِيَتِ الكِتَابَةُ في نصيب الآخر، فإن عجز عاد قِنّاً، وإن أَدَّى وعُتِقَ، فَوَلاَؤُهُ للأب، وأما وَلاَءُ نصيب الأَوَّل، فقد حكى القاضي ابْنُ كَجٍّ فيه وجهين في صورة الإِعْتَاقِ:

أحدهما: [أن][1] الجواب، كذلك وهو الأَصَحُّ.

والثاني: عن أبي الطَّيِّبِ بن سلمة أنه للابن، لقوله ﷺ: «إِنَّمَا الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[2].

---

(١) سقط في: ز.

(٢) تقدم.

ولأنه عُتِقَ بإِعْتَاقِهِ؛ لأن الأَدَاءَ على مُوجَبِ الكِتَابَةِ، وطريقين في صورة الإبراء:

أحدهما: القَطْعُ بأنه لِلأَبِ.

وأظهرهما: طَرْدُ الوجهين.

وإن كان مُوسِراً، فهل يَسْرِي العتق إلى نصيب الشَّرِيكِ؟

إذا قلنا بالأصح، وهو أن الكِتَابَةَ لا تمنع السِّرَايَةَ، فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ ويحكى عن اخْتِيَارِ الشيخ أبي حَامِدٍ، كما لو كاتب الشَّرِيكَانِ العَبْدَ، ثم أَعْتَقَهُ أحدهما.

وأصحهما: ونقله المُزَنِيُّ في «الجامع الكبير» ونصره في «المختصر»: لا؛ لأن الكتابة السابقة تَقْتَضِي حُصُولَ العِتْقِ حُكْماً لها، والمَيِّتُ لا يقوم عليه وكان [الابن][(١)] يعتق علي سبيل النيابة، وبنى القولان على أن المُكَاتَبَ: هل يورث؟

إن قلنا: نعم، سَرَى، وإن قلنا: لا، فالعِتْقُ بحكم كِتَابَةِ الأب ولا سِرَايَةَ وعن القاضي [الحسين][(٢)] بِنَاءُ هذا الخِلاَفِ، على أن الدَّيْنَ؛ هل يمنع حُصُولَ مِلْكِ الورثة في أَعْيانِ التَّرِكَةِ؛ لأن المكاتب يستحق الصرف إلى العتق، كما أن [أعيان][(٣)] التركة تستحق الصرف إلى الدَّيْنِ.

التفريع: إن قلنا بالسِّرَايَةِ، فتثبت السِّرَايَةُ في الحال، أو عند العجز؟ فيه قولان كما ذكرنا في الشَّرِيكَيْنِ إذا أعتق أحدهما والأَظْهَرُ الثَّاني، وهو اختيار أبي إِسْحَاقَ.

وقوله في الكتاب: «إما في الحال، أو عند العَجْزِ» إِشَارَةٌ إلى هذين القولين، ويجوز أن يُعَلما بالواو؛ لأنه حَكَى ها هنا طريقتان أخريان:

إحداهما: القَطْعُ بثبوت السِّرَايَةِ في الحال.

والثانية: القَطْعُ بتأخيرها إلى العَجْزِ؛ لأن أَحَدَ الوارثين ليس بِمُعْتِقٍ حَقِيقَةً، وأحد الشريكين مُعْتِقٌ.

وإن قلنا بالسِّرَايَةِ في الحال، فقد حكى الإِمَامُ وَجْهَيْنِ في انْفِسَاخِ الكتابة فيما سَرَى العِتْقُ إليه كما حَكَاهُمَا في صورة الشَّرِيكَيْنِ، والذي أَوْرَدَهُ معظمهم الانفساخ فيه وإثبات وَلاَئِهِ للمعتق، وفي وَلاَءِ النِّصْفِ الأول وجهان:

أحدهما: أنه للمعتق خَاصَّةً؛ لأن نصيب الآخر بَقِيَ رَقِيقاً.

---

(١) في ز: الإبراء.

(٢) في ز: حسين.

(٣) في ز: إعتاق.

وأصحهما: أنه لهما؛ لأنه عُتِقَ بحكم كِتَابَةِ الأب، ويثبت له الوَلاَءُ وينتقل إليهما بالعصوبة.

وإذا قلنا: لا تَنْفَسِخُ الكتابة فيما سَرَى إليه، فيكون وَلاَءُ الجميع للأب، وإن قلنا بأن السِّرَايَة تثبت عند العَجْزِ، فإن أَدَّى نصيب الابن الآخر عُتِقَ كله، وَوَلاَؤُهُ للأب.

وإن عَجَزَ فطريقان:

أحدهما: إن الكتابة تبطل، ويكون وَلاَءُ الجميع له.

وأشبههما: أن وَلاَءَ مَا سَرَى العِتْقُ إليه، وقُوِّمَ عليه له.

وفي وَلاَءِ النصف الأَوَّلِ الوجهان، ومنهم من خَصَّصَ الوَجْهَيْنِ بصورة الإِعْتَاقِ، وقَطَعَ في صورة الإِبْرَاءِ بأن وَلاَءَ النصف الأول للأب ينتقل إليهما.

أما إذا قلنا: بأنه لا سِرَايَةَ، فنصيب [الآخر][1] مُكَاتَبٌ، كما كان، فإن عتق بأداء أو إعتاق، أو إبراء، فَوَلاءُ الكل للأب، وإن عَجَزَ بقي نِصْفُهُ رَقِيقاً.

وفي وَلاَءِ النصف الأول؛ أهو للأول أو بينهما؟

فيه ما سَبَقَ من الوجهين، ورَتَّبَهُمَا الإِمَامُ على أن الكِتَابَةَ إذا انفسخت في نصيب الثاني بالعَجْزِ، فهل تَنْفَسِخُ في نصيب الأول؛ لأن الكِتَابَةَ لا تقبل التَّبْعِيضَ؟ فيه وجهان:

أصحهما: المنع؛ ويحتمل التَّبْعِيض لانْقِسَامِ المُكَاتَبِ بين الوارثين. إن قلنا: تَنْفَسِخُ، فَوَلاَءُ الأَوَّلِ للمعتق.

وإن قلنا: لا تَنْفَسِخُ فوجهان:

أحدهما: أن الجَوَابَ كذلك؛ لأنه يبعد أن يَسْتَوْفِيَ أحد الابنين حَقَّهُ من الرَّقَبَةِ رِقّاً، ويشارك الآخر في الوَلاَءِ.

وأصحهما: أن الوَلاَءَ للأب، ويتلقيانه بالعصوبة، ويخرج ذلك على مَنْ بعضه حُرٌّ، وبعضه رَقِيقٌ يورث.

ولو قبض أَحَدُ الابنين نَصِيبَهُ من النجوم، فهذا [على][2] ما سيأتي إن شاء الله - تعالى - في الشريكين؛ إذا كَاتَبَا، إن كان بغير إِذْنٍ، فهو فاسد لا يحصل به العِتْقُ، وإن كان بِإِذْنِ الآخر؛ فقولان؛ فإن صَحَّحْنَاهُ فقد قال الإِمَام: لا سِرَايَةَ بلا خِلاَفٍ؛ لأنه يجبر على القَبْضِ، ولا سِرَايَةَ، حيث حصل العِتْقُ بلا اختيار؛

ألا ترى أنه إذا ورث بعض من يعتق عليه، عُتِقَ ذلك البعض، ولم يَسْرِ وهذا ما

---

(١) في ز: الأول.
(٢) سقط في: ز.

ذكره صاحب الكتاب في آخر المَسْأَلَةِ الثالثة، فقال: «نعم، أَحَدُ الابنين، إذا قبض نَصِيبَهُ عُتِقَ، ولم يَسْرِ».

وفي «التهذيب»: أنا إذا جَوَّزْنَا القَبْضَ بِإِذْنِ الآخر، فالقول في عِتْقِ نصيبه، وفي السِّرَايَةِ على ما ذكرنا فيما إذا أعتق نَصِيبَهُ، أو أبرأ عن نصيبه من النجوم بلا فَرْقٍ، ولمن ذهب إليه أن يَمْنَعَ كونه مجبراً على القبض، ويقول: هو بسبيل من الإِعْتَاقِ والإِبْرَاءِ، وبتقرير: ألاَّ يعتق ولا يبرأ، فَيُشْبِهُ أن يقال: لا يجبر على الانفراد بالقَبْضِ، وإن جَوَّزْنَاهُ؛ لأنه لو عجز عن أَدَاءِ نَصِيبِ الثاني، [فيناظره][1] الثاني فيما أخذ، فإنه يَمْتَنِعُ عن قَبْضِ ما عَسَى الثاني يزاحمه فيه. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرْعٌ: لَوْ خَلَّفَ ابْنَيْنِ وَعَبْداً؛ فَادَّعَى العَبْدُ كِتَابَةَ المُورِّثَ لَهُ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا، وَكَذَّبَهُ الآخَرُ، وَحَلَفَ، فَنَصِيبُ المُصَدِّقِ مُكَاتَبٌ (و) فَإِنْ أَعْتَقَهُ سَرَى إِلَى البَاقِي، وَلَمْ يُخرَّجْ عَلَى الخِلاَفِ، لِأَنَّهُ رَقِيقٌ بِقَوْلِ الشَّرِيكِ، وَإِنْ أَبْرَأَ لَمْ يَسْرِ؛ لِأَنَّ الشَّرِيكَ يَقُولُ: إِبْرَاؤُهُ لاَغٍ؛ إِذْ لا كِتَابَةَ، فَإِنْ عُتِقَ بِأَدَاءِ النُّجُومِ لَمْ يَسر؛ لِأَنَّه مَقْهُورٌ عَلَى القَبُولِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: خَلَّفَ ابنين وعَبْداً، فادَّعَى العبد أن أَبَاهُمَا كَاتبَهُ، فإن كذَّبَاهُ فهما المُصَدَّقَانِ باليمين، ويكون حلفهما على نَفْي العلم بكتابة الأب، فإن حلفا فَذَاك، وإن نَكَلاَ وحَلَفَ العَبْدُ اليمين المَرْدُودَةَ تثبت الكتابة، وإن حَلَفَ أحدهما دُونَ الآخر، ثَبَتَ الرِّقُّ في نصيب الحالف، وتُرَدُّ اليمين في نَصِيبِ النَّاكِلِ، وإذا أراد إقَامَةَ البَيِّنَةِ احْتَاجَ إلى إِقَامَةِ عَدْلَيْنِ؛ لأن مقصود الكتابة العِتْقُ دون المال. [وإن صدقاه، أو قامت البينة، فالحكم ما مَرَّ في الفصل السَّابِقِ][2] وإن صَدَّقَهُ أحدهما، وكَذَّبَهُ الآخر، فالمُكَذِّبُ مُصَدَّقٌ بِيَمِينِهِ وأما نصيب المصدق؛ ففي كتاب القاضي ابْنِ كَجٍّ أن بَعْضَهُمْ خَرَّجَ قَوْلاً أنه لا تثبت الكِتَابَةُ فيه؛ لأن الكِتَابَةَ لا تَتَبَعَّضُ، والصحيح المَشْهُورُ ثُبُوتُهَا، وهذا التَّبْعِيضُ لضرورة أَدَّتْ إليه، بخلاف التَّبْعِيضِ في الابتداء، وأَطْلَقُوا القَوْلَ بِشَهَادَةِ المُصَدِّقِ على المُكَذِّبِ.

وقال الإِمَامُ: إنه يُثْبِتُ بِشَهَادَتِهِ لنفسه حُقُوقاً في الكتابة؛ إذ النجوم مَوْرُوثَةٌ فقبول شهادته بِعَقْدِ عوضه للشاهد مُحَالٌ، فإن فرضت شَهَادَتُهُ بعد الإِبراء عن النجوم، فله أغراض في السِّرَايَةِ، فإن نفينا السراية اتَّجَهَ القَبُولُ، وإذا وقع الحكم بأن نَصِيبَ المصدق مُكَاتَبٌ، ونصيب الآخر قِنٌّ، فنصف الكَسْبِ له يصرفه إلى جهة النجوم، ونِصْفُهُ للمكذب.

وإن اتَّفَقَا على مُهَايَأَةٍ ليكتسب يَوْماً لنفسه، ويوماً للمكذب، أو بخدمة جاز، ولا

---

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

إِجْبَارَ عليها على الأَظْهَرِ خِلاَفاً لأبي حَنِيفَةَ، ولا تقدير للنَّوْبَتَيْنِ في المُهَايَأَةِ.

وفي كتاب القاضي ابْنِ كَجٍّ: أنه يجوز المُهَايَأَةُ يومين يومين، وثلاثة ثلاثة، فإن زادت كَسَنَةٍ وَسَنَةٍ؛ ففي الجَوَازِ وَجْهَانِ، وإذا أَدَّىٰ النجوم، وفَضَلَ شَيْءٌ مما اكْتَسَبَ لِنَفْسِهِ، فهو له. ثم إن أعتق المُصَدِّقُ نَصِيبَ نَفْسِهِ، عُتِقَ. وهل يَسْرِي؟ فيه طريقان:

قال أكثرهم: في السراية قولان، كما لو صَدَّقَاهُ معاً، إلاَّ أنَّا إذا قلنا بالسِّرَايَةِ، فها هنا تَثْبُتُ السِّرَايَةُ في الحال، [ولا يجيء فيه القول الآخر؛ لأن صَاحِبَهُ ينكر الكتابة، فلا يمكن التَّوَقُّفُ إلى العمد، وقال بعضهم ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: تثبت السِّرَايَةُ بلا خلاف في الحال][1] لأن منكر الكتابة يقول: إنه رَقِيقٌ لهما، فإذا أعتق صاحبه نصيبه ثَبَتَتِ السِّرَايَةُ بقوله، فإن قلنا: لا سِرَايَةَ، فَوَلاَءُ ما عتق يكون بينهما، أو ينفرد به المُصَدِّقُ؟ فيه وجهان:

وجه الأَوَّل: أنه عُتِقَ بحكم كتابة الأَبِ.

ووجه الثاني: وهو الأَشْبَهُ؛ أن المنكر أَبْطَلَ حَقَّهُ بالإنكار، فيسلم للمصدق النصف، كما لو ادَّعَى وَارِثَانِ دَيْناً، وأقاما شاهداً، وحلف أحدهما معه، ولم يحلف الآخر ـ يأخذ الحالف نصفه، ويسلم له. وإذا جعلناه بينهما، فلو مات هذا العَبْدُ، ونصفه رقيق، وقلنا: إن مثله يورث، فتوقف حِصَّةُ المنكر.

وإن قلنا بالسِّرَايَةِ، فَوَلاَءُ النصف الذي سَرَى العِتْقُ إليه للمعتق، وفي وَلاَءِ النصف الأول الوَجْهَانِ.

ولو أَبْرَأَهُ المصدق عن نصيبه من النجوم، فالظَّاهر أنه لا سِرَايَةَ؛ لأن منكر الكتابة لا يعترف بِعِتْقِ نصيبه، ويعد الإِبْرَاءُ لَغْواً.

قال الإِمَام: ويجيء مع هذا الخِلاَف في السِّرَايَةِ؛ لأن قَوْلَ المصدق مَقْبُولٌ في نصيبه، فإذا أتى بما يَقْتَضِي العِتْقَ، فالسِّرَايَةُ بعده قَهْرِيَّةٌ لا تربط بالرِّضَا، وإن أدى نصيب المُصَدِّق من النجوم بلا سِرَايَةٍ. قال الإمام وصاحب الكتاب: لأنه يُجْبَرُ على القَبُولِ لا مَحِيصَ له عنه.

وقال غيرهما: لأنه عتق بحكم كِتَابَةِ الأب، ولا سِرَايَةَ على الميت، فصار كما لو أَقَرَّ أحد الابْنَيْنِ بأن أَبَاهُمَا أَعْتَقَ هذا العبد، وأنكر الآخر يعتق نصيب المقر، ولا يَسْرِي، وَوَلاَءُ ما عتق بالأداء بينهما، أو للمصدق خَاصَّةً، فيه الوجهان.

ولو عَجَّزَهُ المصدق عاد قِنّاً، والكَسْبُ الذي في يَدِهِ يكون للمصدق؛ لأن

---

(١) سقط في: ز.

المكذب قد أخذ حِصَّتَهُ، فلو اختلفا في شيء من أَكْسَابِهِ، فقال المصدق: اكتسبته بعد الكتابة، وقد أَخَذْتَ نصيبك فهو لي، وقال المكذب: بل قبلها وكان لِلأَبِ، فهو بَيْنَنَا، فالمُصَدِّق المُصَدَّقُ؛ لأن الأَصْلَ أنه لم يكتسب قبل الكتابة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الخَامِسَةُ: إِذَا قَبَضَ النُّجُومَ فَوَجَدَهَا نَاقِصَةً فَلَهُ رَدُّهَا وَرَدُّ العِتْقِ إِذْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ أَوْ حَصَلَ حُصُولاً غَيْرَ مُسْتَقِرٍّ بِحَسَبِ العِوَضِ، وَإِنْ رَضِيَ اسْتَمَرَّ العِتْقُ وَلَكِنْ مِنْ حِينِ الرِّضَا أَوْ مِنْ حِينِ القَبْضِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوِ اطَّلَعَ عَلَى النُّقْصَانِ بَعْدَ تَلَفِ النُّجُومِ جَازَ لَهُ رَدُّ العِتْقِ إِلَى أَنْ يُسَلِّمَ الأَرْشَ، فَإِنْ عَجَزَ كَانَ لَهُ الإِرْقَاقُ وَالفَسْخُ كَالعَجْزِ بِبَعْضِ النُّجُومِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: نذكر في ابْتِدَاءِ المَسْأَلَةِ أَصْلَيْنِ:

أحدهما: أن العِوَضَ في الكتابة لا يكون إلاَّ دَيْناً، ويجوز أن يكون نَقْداً، وأن يكون عِوَضاً.

والثاني: مستحق الدَّين في ذمة الغير، إذا اسْتَوْفَاهُ، فلم يجده على الصِّفَةِ المشروطة، فله رَدُّهُ، وطلب ما استحقه، ولا يرتفع العقد إن كان المَقْبُوض من غير جِنْسِ حَقِّه، لم يملكه إلاَّ أن يَعْتَاضَ حيث يجوز الاعتياض.

وإن اطَّلَعَ على عَيْبٍ به، فينظر إن رَضِيَ به؛ فهل نقول: ملكه بالرضا أو نقول: ملكه بالقَبْضِ، وتَأَكَّدَ المُلْكُ بالرِّضَا؟ فيه قولان:

وإن رَدَّهُ، فهل نقول: مَلَكَهُ بالقبض، ثم انْتَقَضَ الملك بالرَّدِّ، أو نقول: إذا رد تبين أنه لم يملكه؟ فيه قولان؛ ويبنى على هذا الخِلاَفِ مَسَائِلُ لعلها قد سَبَقَتْ:

منها: أن عقد الصَّرْفِ إذا وَرَدَ على مَوْصُوفٍ في الذمة، ثم جرى التقابض، وتَفَرَّقَا، ثم وجد أحدهما بما قبض عَيْباً، وَرَدَّهُ، فإن قلنا: إنه ملك بالقبض صَحَّ العَقْدُ.

وإن قلنا: تَبَيَّنَ أنه لم يملك، فالعَقْدُ فَاسِدٌ؛ لأنهما تَفَرَّقا قبل التَّقَابُضِ.

ومنها: إذا أسلم في جَارِيَةٍ، وقبض جارية، فوجد بها عَيْباً، ورَدَّهَا فهل على المسلم إليه اسْتِبْرَاءُ هذه الجارية؟ يبنى على هذا الخلاف.

ومنها: قال الإِمَامُ: المَوْصُوفُ والمقبوض إذا وجد مَعِيباً، فإن قلنا: إنه يملكه بالرِّضَا، فلا شك أن الرَّدَّ ليس على الفَوْرِ، والملك موقوف على الرِّضَا.

وإن قلنا: يحصل المِلْكُ عند القَبْضِ، فيجوز أن يقال: الرَّدُّ على الفَوْرِ، كما في شراء الأَعْيَانِ.

والأوجه: المنع؛ لأنه ليس مَعْقُوداً عليه، وإنما يثبت الفَوْرُ فيما يُؤَدِّي رَدُّهُ إلى رفع العَقْدِ؛ إِبْقَاءً للعقد.

إذا عرف ذلك، فلو وجد السَّيِّدُ ببعض النجوم المَقْبُوضَةِ، أو جميعها عَيْباً، فله الخِيَارُ بين أن يرضى به، وبين أن يَرُدَّهُ، ويطالب ببدله، ولا فَرْقَ بين العَيْبِ اليسير والفَاحِشِ، خلافاً لأبي حنيفة في اليَسِيرِ، فإن كان العَيْبُ في النَّجْم الأخير الذي يَتَعَلَّقُ به العِتْقُ فإما أن يرضى به، أو يريد الرد، فإن رضي به، فالعِتْقُ نافذ لا مَحَالَةَ، ويجعل رِضَاهُ بالعَيْبِ كالإبراء عن بعض الحَقِّ، ولكن يحصل العِتْقُ عند الرِّضَا، أو نقول: حصل من وَقْتِ القبض؟

فيه وجهان، ويشبه أن يرجع الثاني، وبه قال أبو إِسْحَاقَ، وصاحب «التقريب» وغيرهما. وإن أراد الرد والاسْتِبْدَالَ؛ فإن قلنا: يتبين بالرَّدِّ أن الملك لم يحصل بالقَبْضِ، فالعتق غير حَاصِلٍ، فإن أَدَّى على الصفة المُسْتَحَقَّةِ بعد ذلك، فحينئذ يحصل العِتْقُ.

وإن قلنا: يَحْصُلُ المِلْكُ في المقبوض، وبالرد يرتفع، فَوَجْهَانِ:

أحدهما: أن العِتْقَ كان حَاصِلاً، إلاَّ أنه كان بِصِفَةِ الجَوَازِ، فإذا رَدَّ العِوَضَ ارْتَدَّ.

وأصحهما: أن العِتْقَ لم يحصل، إذ لَيْسَ العِتْقُ من التَّصَرُّفَاتِ التي يَتَطَرَّقُ النَّقْصُ إليها، فلو حَصَلَ لَمَا ارْتَفَعَ، ولا ثَبَتَ العِتْقُ بصفة اللزوم باتفاق الأَصْحَابِ.

وعن أحمد: أنه يَثْبُتُ، ولا يبطل العِتْقُ برد العِوَضِ.

واحتج الأَصْحَابُ بأن الكِتَابَةَ عقد مُعَاوَضَةٍ، يلحقه الفَسْخُ بالتَّرَاضِي، فوجب أن يفسخ بالعَيْبِ كالبيع. ولو تَلِفَ عند السَّيِّدِ ما قبضه، ثم عرف أنه كان مَعِيباً؛ فقد قَدَّمَ الإمام عليه أنه إن اتَّفَقَ ذلك في عَيْنٍ، فإن رَضِيَ، فالذي يَدُلُّ عليه فَحْوَى كلام الأئمة أن الرِّضَا كَافٍ، ولا حَاجَةَ إلى إِنْشَاءِ إِبْرَاءٍ.

ووجهه: أن الأَرْشَ كالعِوَضِ عن حَقِّ الرَّدِّ، والرَّدُّ يَكْفِي في سُقُوطِهِ الرِّضَا، فكذا الأَرْشُ، فإن طلبه تفرد، ولم يسقط إلاَّ بالإِسْقَاطِ.

وأما النجوم؛ فإن رَضِيَ، فالعِتْقُ نَافِذٌ، ويعود الوَجْهَانِ في أنه يحصل عند الرِّضَا، ويستند إلى القَبْضِ. وإن طلب الأَرْشَ يتبين أن العِتْقَ لم يحصل، فإذا أَدَّى الأَرْشَ حصل حينئذ، وإن عَجَزَ، فَلِلسَّيِّدِ إِرْقَاقُهُ، كما لو عَجَزَ ببعض النُّجُوم، ويجيء الوَجْهُ الآخر، وهو أن يرتفع العَقْدُ بعد حُصُوله، ويوافقه لَفْظُ صاحب «الشامل» حيث قال: ويعود حكم الرِّقِّ في العَبْدِ، حتى يُؤَدِّيَهُ، والأول هو المذكور في «الوسيط».

وقوله ها هنا: «جاز رَدُّ العِتْقِ إلى أن يسلم الأَرْش». مَحْمُولٌ عليه، وتأويله أن

ليس له أن يَتَوَسَّلَ إلى الحُكْمِ بانْتِفَائِهِ أَصْلاً، أو ما أشبه ذلك، وأما الأَرْشُ فيه وجهان:

أحدهما: ما ينقص من قِيمَةِ رَقَبَةِ العبد، بحسب نُقْصَانِ العَيْبِ من قيمة النجوم على ما هو قِيَاسُ المُعَاوَضَاتِ. وهذا ما أَوْرَدَهُ أبو الفَرَجِ السَّرَخْسِيُّ.

والثاني: ما ينتقص من النجوم المَقْبُوضَةِ بسبب العَيْبِ.

وَوُجِّهَ بأن المقبوض عن المُلْتَزَمِ في الذِّمَّةِ ليس كما في العَقْدِ، ولذلك لا يَرْتَدُّ العَقْدُ بِرَدِّهِ، فلا يسترد في مُقَابَلَةِ نقصانه جزءاً من العوض كما لا يسترد العوض[1] إذا كان بَاقِياً فيرد[2] بالعيب. وهذا ما نَقَلَ القاضي الرُّويَانِيُّ رُجْحَانَهُ، وأُجْرِيَ الوَجْهَانِ في كل عقد، ورد على موصوف في الذِّمَّةِ.

قال الإِمَامُ: وأمثل منهما أن يُقَال: يُغَرِّمُ السَّيِّدُ ما قَبَضَ، ويطالب بالمُسَمَّىٰ بالصفات المشروطة.

وقوله في الكتاب: «فوجدها نَاقِصَةً»، يريد به النُّقْصَانَ بالعَيْبِ، فأما إذا ظهر نُقْصَانٌ في الكَيْلِ، أو الوَزْنِ، فالعِتْقُ غير حاصل بلا خِلاَفٍ، سواء بقي المَقْبُوضُ في يَدِ السَّيِّدِ أو تلف، فإن رَضِيَ بالنَّاقِصِ، فيعتق حينئذ بالإِبْرَاءِ عن الباقي.

وقوله: «ورد العتق»، يريد رَفْعَ الحُكْمِ بالعتق، أو غيره مما ينتظم على قولنا: إنه ما حَصَلَ العِتْقُ، وعلى قولنا: إنه حصل، ثم ارتفع؛ ألا تراه قال: إذ يتبين أنه لم يَحْصُلْ، أو حصل حُصُولاً غير مُسْتَقِرٍّ بحسب العِوَضِ؛ أي حصل غَيْرَ لاَزِمٍ مَوْقُوفاً حَالُهُ على تَبَيُّنِ حَالِ العِوَضِ سَلاَمَةً وَتَعَيُّباً.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: السَّادِسَةُ: إِذَا خَرَجَتِ النُّجُومُ مُسْتَحَقَّةً تَبَيَّنَ أَنْ لاَ عِتْقَ، فَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ عِنْدَ القَبْضِ: اذْهَبْ فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ عُتِقْتَ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لاَ يُؤَاخَذُ به كَمَا لِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ عَلَى الصَّحِيحِ إِذَا خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقّاً وَإِنِ ادَّعَى المِلْكَ لِلْبَائِعِ لِأَنَّ قَوْلَهُ كَانَ بِنَاءً عَلَى الظَّاهِرِ، وَيَلْزَمُ عَلَى هَذَا أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِالطَّلاَقِ ثُمَّ قَالَ: كُنْتُ أَطْلَقْتُ لَفْظَةً ظَنَنْتُهَا طَلاَقاً ثُمَّ رَاجَعْتُ المُفْتِي فَأَخْبَرَنِي بِأَنَّهُ لاَ يَنْفُذُ أَنَّهُ يُقْبَلُ وَقَدْ قِيلَ به، وَكَذَا فِي العِتْقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا خرج بَعْضُ النجوم، أو جَمِيعُهَا مُسْتَحَقّاً تَبَيَّنَ أنه لا عِتْقَ؛ لأن الأَدَاءَ لم يَصِحَّ، وإن ظهر الاسْتِحْقَاقُ بعد مَوْتِ المكاتب بَانَ أنه مَات رَقِيقاً، وأن ما تركه للسَّيِّدِ دون الوَرَثَةِ. ولو قال السَّيِّدُ عند الأخذ: اذهب فأنت حُرٌّ، أو فقد عتقت، ثم تَبَيَّنَ الاستحقاق؛ ففيه وجهان:

---

(١) في ز: المعوض.

(٢) في ز: فرد.

أحدهما: أنه يحكم بالحرية مُؤَاخَذَةً له بِإِقْرَارِهِ.

وأصحهما ـ وقد نص عليه ـ: أنه لا يُؤَاخَذُ به، ويحمل قوله على ظَاهِرِ الحال؛ وهو صِحَّةُ الأَدَاءِ.

والوجهان كالوجْهَيْنِ فيما إذا خرج المبيع مُسْتَحَقًّا، وكان قد قال في مُخَاصَمَةِ المدعي: إنه كان مِلْكاً لفلان إلى أن ابتعته منه أنه: هل يرجع بالثمن على بائعه؟

واقتصر صاحب «التهذيب» على إِيرَادِ الوَجْهِ الأَصَحِّ في المسألتين، ثم قال: ولو [اختلفا](1) فقال المُكَاتَبُ: أعتقتني بقولك: أنت حُرٌّ، وقال السيد: أردت أنك حُرٌّ بما أدَّيْتَ، وبَانَ أنه لم يَصِحَّ الأَدَاءُ، فالقول قَوْلُ السيد مع يَمِينِهِ.

وهذا السِّيَاقُ يَدُلُّ على أن مُطْلَقَ كَلاَمِ السيد مَحْمُولٌ على أنه حُرٌّ بما أدى؛ وإن لم يخبر عن(2) إرادته. وذكر الصَّيْدَلاَنِيُّ أن قِيَاسَ تَصْدِيقِ السيد في المسألة أنه لو قيل لرجل: طلقت امرأتك؟ فقال: نعم طَلَّقْتُهَا. ثم قال: إنما قلت ذلك على ظَنٍّ أن اللَّفْظَ الذي جرى بيننا طَلاَقٌ، ثم راجعت المفتيين فقالوا لا يَقَعُ بها شَيْءٌ، وقالت المَرْأَةُ: بل أردت إنشاء الطَّلاَقِ. والإقرار بِطَلاَقٍ آخر أنه يقبل قوله مع يَمِينِهِ.

وكذا الحُكْمُ في مثله في العِتْقِ، وهذا قد ذَكَرَهُ غيره، ونقله القاضي الرُّويَانِيُّ، ولم يعترض عليه. ولكن قال الإمَامُ: هذا عندي وَهْمٌ وغَلَطٌ، فإن الإِقْرَارَ جرى بصريح الطَّلاَقِ، فَقَبُولُ قوله بِنَاءً على ما يَدَّعِيهِ، ويتعارض فيه صِدْقُهُ، وكذبه مُحَالٌ، ولو فتح هذا البَابَ لما اسْتَقَرَّ إِقْرَارُ المقر به، وليس ذلك كإطلاق لفظ الحرية على أنه قَبَضَ النجوم، فإنه مَحْمُولٌ على الإِخْبَارِ عما يقتضيه القَبْضُ.

وفي مسألة الطَّلاَقِ لم توجد الإِشَارَةُ إلى واقعة، وإنما وجد سؤال مطلق، وجواب مُطْلَقٌ(3).

---

(1) في ز: أخلفا. (2) في ز: يجزعني.

(3) قال في الخادم: ما حكاه عن الصيدلاني والروياني في مسألة الطلاق جزم به الشيخ أبو علي السنجي في شرح التلخيص والفرواني في الإبانة ولم يحكيا فيه خلافاً وجرى عليه في الوجيز وتابعه صاحب الحاوي الصغير ويشهد له ما قاله الخوارزمي في الكافي فيما إذا قال بعت هذه الدار من فلان ثم قال ظننت هذا البيع صحيحاً فأقررت ثم بان أن لا عيب فالأصح في زوائد الروضة بطلان الفسخ لأنه بغير حق لكن ذكر في تصحيح التنبيه أن الوارث إذا أجاز الوصية بأكثر من الثلث ثم قال أجزت لأن ظننت أن المال كثير وقد بان خلافه أن الأصح أنه لا يقبل قوله ومثله ما حكاه في البحر في آخر باب العفو عن المهر لو قال لرجل أبرأتك من ألف درهم، وهو لا يعلم أن له عليه شيئاً، ثم علم أنه كان له عليه ألف درهم، قال الأصحاب: تصح البراءة في الحكم، ولا يقبل قوله أني لم أعلم ذلك، وهل يبرأ في الباطن فيما بينه وبين الله تعالى وجهان: =

واعلم أن في كلام الإِمَام إِشْعَاراً بأن قوله: أنت حُرٌّ، إنما يقبل تنزيله على الحُرِّيَّةِ بموجب القَبْضِ إذا رَتَّبَهُ على القَبْضِ، كما صور في الكتاب، فلو قال له عند القَبْضِ: اذهب فأنت حُرٌّ. وإن في مسألة الطَّلاَقِ لو وجدت قَرِينَةٌ عند الإِقْرَارِ بأن كانا يَتَخَاصَمَانِ في لفظة «أَطْلَقَهَا»، فقال ذلك، ثم أَبْدَى التأويل المذكور، يقبل أيضاً، فإن في الصورتين لو انْفَصَلَ قوله عن القَرَائِنِ لم يقبل التأويل.

وهذا التفصيل قَوِيمٌ لا بَأْسَ بالأَخْذِ به.

لكن قال في «الوسيط»: لا فَرْقَ بين أن يكون[1] قوله: أنت حُرٌّ جَوَاباً عن سؤال حُرِّيَّتِهِ أو ابتداء، وبين أن يكون متصلاً[2] بقبض النُّجُومِ أو غير مُتَّصِلٍ لشمول العُذْرِ، ومَالَ كذلك إلى قَبُولِ التأويل في الإقرار بالطلاق وغيره. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الحُكْمُ الثَّانِي حُكْمُ الأَدَاءِ، وَفِيهِ سَبْعُ مَسَائِلَ: (الأُولَى) أَنَّهُ يَجِبُ الإِيتَاءُ بِحَطِّ شَيْءٍ مِنَ النُّجُومِ أَوْ بَذْلُ شَيْءٍ، وَلاَ يَجِبُ فِي الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ عَلَى الأَظْهَرِ (و) لاَ يَجِبُ فِي الإِعْتَاقِ بعِوَضٍ، وَلاَ فِي بَيْعِ العَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ، وَلاَ فِي الإِعْتَاقِ مَجَّاناً، وَفِي وُجُوبِ تَقْدِيمِهِ عَلَى وَقْتِ العِتْقِ وَجْهَانِ، وَيَكْفِي أَقَلُّ مَا يُتَمَوَّلُ، وَقِيلَ: بَلْ مَا يَلِيقُ بِالحَالِ إِلاَّ أَنْ يَمُوتَ قَبْلَ الإِيتَاءِ فَتَكُونَ الزِّيَادَةُ فِي التَّرِكَةِ كَوَصِيَّةٍ يُضَارِبُ بِهَا الوَصَايَا لاَ كَدَيْنٍ، وَلَوْ بَقِيَ مِنَ النُّجُومِ قَدْرٌ لاَ يُقْبَلُ فِي الإِيتَاءِ أَقَلُّ مِنْهُ إِذَا قُلْنَا يَجِبُ أَكْثَرُ مِمَّا يُتَمَوَّلُ فَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ تَعْجِيزُهُ، وَلاَ يَحْصُلُ التَّقَاصُ لِأَنَّ الإِيتَاءَ يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ مَالِ الكِتَابَةِ وَلَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِنْ جِنْسِهِ، فَلَوْ عَدَلَ إِلَى غَيْرِ جِنْسِهِ فَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ تَعَبُّداً كَمَا فِي الزَّكَاةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجب على السَّيِّدِ إيتاء المُكَاتَبِ[3]؛ بقوله تعالى: ﴿وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ

= المذهب المنع، لأنه إذا لم يعلم الدين فهو مجهول، قال وعلى هذا الخلاف إذا اعتقدت قبض مهرها فقالت أبرأتك عن مهري ثم بان بقاؤه عليه أو قال أبرأتك مما استحقه عليك من الشفعة وله الشفعة في الباطن وهو لا يعرفها في الظاهر هل يبرأ أم لا، وهكذا لو طلق امرأة ثم بانت زوجته وأعتق جارية ونسي أن له جارية فبانت جاريته وكان اعتقاده أنه يطلق ويعتق أجنبية، وجهان. انتهى.

(١) سقط في: ز. (٢) في ز: منفصلاً.

(٣) قال في القوت: استثنى في اللباب والرونق والشافعي والتحرير للجرجاني من وجوب الحط والإيتاء صورتين:

الأولى: أن يكاتبه على منفعة نفسه.

والثانية: أن يكاتبه والثلث لا يحتمل أكثر من قيمته.

وفي البيان وغيره أنه لو وهب لعبده النجوم عتق، وهل له أن يطالب سيده بالإيتاء فيه وجهان أرسلهما في كتاب الصداق من شرح الوسيط.

اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور ـ ٣٣] وذهب أبو حَنِيفَةَ ومالك: إلى أن الإيتَاء يُسْتَحَبُّ، وليس بِوَاجِبٍ، واختاره القاضي الرُّويَانِيُّ في «الحلية».

والإيتاء بأن يَحُطَّ عنه شيئاً من النُّجُوم، أو يبذل شيئاً، ويأخذ النُّجُومَ. أما الثاني فظاهر، فإن البَذْلَ إيتاء؛ وهو المَأْمُورُ به في الآيَةِ وأما الحَطُّ فقد روي ذلك عن الصَّحَابَةِ ـ رضي الله عنهم ـ قَوْلاً وفِعْلاً منهم: علي وابن عمر ـ رضي اللَّهُ عنهم ـ.

وحكي خلاف عن الأصحاب ـ رحمهم الله ـ في أن الأَصْلَ في الإِيتَاءِ البَذْلُ، والحَطُّ بدل عنه أو الأمر بالعكس.

وجه الأول: أن ظاهر الآيَةِ يُشْعِرُ به.

ووجه الثاني: أن المَقْصُودَ إِعَانَتُهُ ليعتق، والإِعَانَةُ في الحَطِّ محققة، وفي البَذْلِ مَوْهُومَةٌ؛ فإنه قد ينفق المال في جِهَةٍ أخرى. وهذا أظهر، ويحكى عن نَصِّهِ ـ رضي الله عنه ـ في «الأم»، ولذلك نقول: الحَطُّ أَوْلَى من البَذْلِ. ثم في الإِيتَاءِ مَسَائِلُ:

إحداها: في مَحَلِّ الإيتاء، وهي الكِتَابَةُ الصَّحِيحَةُ، وفي وجوبه في الفاسدة وَجْهَانِ:

أظهرهما: المنع؛ وبَنَاهُمَا بَعْضُهُمْ على أن الأَصْلَ الحَطُّ، أو البذل، إن قلنا بالأَوَّلِ لم يجب؛ فإن النجوم غَيْرُ ثَابِتَةٍ فيها حتى يجب الحَطُّ، وإذا لم يثبت الأَصْلُ لم يثبت البدل وهو البذل وإن قلنا: الأَصْلُ البَذْلُ؛ فلا يمتنع إِيجَابُ شيء على السَّيِّدِ تشبيهاً[1] للكتابة الفَاسِدَةِ بالصحيحة، كما شَابَهَتْهَا في حُصُولِ العِتْقِ وغيره.

وإذا أوجبنا فيها الإِيتَاءَ، فمن قَضَايَاهَا: اسْتِحْقَاقُ السيد قيمة الرقبة، فلو حَطَّ شيئاً منها عن جِهَةِ الإِيتَاءِ كَفَى. ومن أعتق عَبْدَهُ على عِوَضٍ، أو باعه من نفسه فلا إِيتَاءَ عليه في ظاهر المذهب، وهو المَذْكُورُ في الكتاب. وعن رِوَايَةِ الشيخ أبي محمد وَجْهٌ: أنه يجب الإِيتَاءُ في كل عَقْد عتاقة على عِوَضٍ، ولا خِلاَفَ في أنه لا يجب في الإعتاق[2] بغير عوض.

والثانية: في وقته ومتى يجب؟

فيه وجهان:

أحدهما: بعد العتق لتكون بُلْغَةً له؛ كما تجب المُتْعَةُ بعد الطَّلاَقِ.

وأصحهما ـ وبه قال أبو إِسْحَاقَ ـ: أنه يجب قبل العِتْقِ ليستعين به على تحصيل

---

(١) في ز: شبهاً.

(٢) في ز: أي إعتاق.

العِتْقِ، كما يُدْفَعُ إليهم سَهْمُ الرِّقَابِ قبل العِتْقِ. وعلى هذا فإنما يَتَعَيَّنُ في النَّجْمِ الأخير.

وأما وقت الجَوَازِ، فمن أول عَقْدِ الكتابة، ويجوز بعد الأَدَاءِ، أو حصول العِتْقِ أيضاً، ولكنَّ سَبِيلَهُ سَبِيلُ القضاء إذا أوجبنا التَّقْدِيمَ على العتق.

وفي طريقة الصَّيْدَلاَنِيِّ ـ نقل وَجْهٍ: أنه لا يجوز الإيتاءُ مما قبل النَّجْمِ الأَخِيرِ؛ بل يجب أن يحط منه ليرتب عليه العِتْق، أو يُؤْتيه بعد العِتْقِ؛ ليحصل التمليك الكَامِلُ، وقد يشعر قوله في الكتاب: «وفي وجوب تقديمه على وقت العِتْقِ وجهان»؛ فإِنَّا إذا لم نُوجِبِ التقديم يجوز[1] التقديم والتَّأْخِيرِ جَمِيعاً.

ومنهم من يُشْعِرُ إِيرَادُهُ بوجوب التأخير كما قَدَّمْنَا.

والثالثة: في قَدْرِهِ؛ وفيه وجهان:

أصحهما ـ وهو المنصوص في «الأم» ـ: أنه لا يتقدر[2] بل يكفي ما يتمول، ويقع عليه الاسْمُ؛ لأنه لم يَرِدْ فيه تَقْدِيرٌ.

وقوله: «مِنْ مَالِ اللَّهِ»؛ يتناول القَلِيلَ والكَثِيرَ.

والثاني ـ ويحكى عن أبي إِسْحَاقَ ـ: أنه يَنْبَغِي أن يكون قَدْراً يَلِيقُ بالحال، ويستعين به على العِتْقِ، دون القليل الذي لا وَقْعَ له. وعلى هذا، فيختلف الحال بِقِلَّةِ المال وكثرته، فإن لم يَتَّفِقَا على شيء قَدَّرَهُ الحاكم بالاجتهاد، وينظر فيه إلى قُوَّةِ العبد واكتسابه. وعن رواية ابن القَطَّانِ وَجْهٌ: أنه يُعْتَبَرُ حَالُ السَّيِّدِ في اليسار والإعسار[3].

وعن الأَصْطَخْرِيِّ: أنه يحتمل أن يُقَدَّرَ بِرُبْعِ العُشْرِ، والمُسْتَحَبُّ قَدْرُ الربع، روي ذلك عن علي ـ كرم الله وجهه ـ.

وفي وجه ضعيف: الثُّلُث، فإن لم تسمح نَفْسُهُ بذلك، فالسُّبع مَحْبُوبٌ؛ لما روي أن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ كَاتَبَ عَبْداً له بخمسة وثلاثين ألف درهم، وَحَطَّ عنه خمسة آلاف[4]، وخمسة سُبْع خمسة وثلاثين. قال في «الوسيط»: وكان السُّبْع إلى العشر لائقاً.

---

(١) في ز: لجواز. (٢) في ز: يتعدد.

(٣) ومقتضاه ترجيح الأول. وحكى الماوردي الوجه الثاني عن أبي إسحاق اعتباراً بالمنفعة. قال: ويعتبر ثلاثة أمور:
أحدها: كثرة مال الكتابة وقلته. والثاني: قوة العبد وضعفه فالضعيف الكسب أكثر وقوته أقل.
والثالث: يسار السيد وإعساره.

(٤) رواه مالك في الموطإ بهذا، وأخرجه البيهقي [١٠/ ٢٣٠] من طريق أيوب عن نافع عن ابن عمر.

والرابعة: في جِنْسِهِ.

والإِيتَاءُ بِالحَطِّ لا يكون إلاَّ من عَيْنِ مَالِ الكتابة.

وأما البَذْلُ؛ فإن كان المَبْذُولُ من جِنْسِ مال الكتابة كَبَذْلِ الدَّرَاهِم عن الدنانير، فلا يُلْزَمُ المُكَاتَبُ قَبُولَهُ؛ لقوله تعالى: ﴿وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور ـ ٣٣] يريد مَالَ الكتابة.

قال الإِمَامُ: ووجدت في كَلاَمِ بَعْضِ الأئمة ـ رحمهم الله ـ مَا يَدُلُّ على أن غير الجنس مجزىء.

وقوله في الكتاب: «ففيه وجه: أنه لا يجوز تَعَبُّداً كما في الزكاة»، يشير إلى ترجيح الجَوَازِ. وقد صرح به في «الوسيط».

والظاهر الذي أَوْرَدَهُ الأكثرون: المَنْعُ.

والمقصود من الجَوَازِ وعدمه أنه هل يُجْبَرُ المُكَاتَبُ على قَبُولِهِ أو لا يجبر؟ فأما إذا رَضِيَ المُكَاتَبُ بغير الجِنْسِ، فيجوز لا مَحَالَةَ، نص عليه. فإن الكِتَابَةَ من قبيل المُعَامَلاَتِ، فلا [يُنْحَى][1] بها على نَحْوِ العبادات، على أن الإمام قال: إذا منعنا نقل الصَّدَقَة [وانحصر][2] المُسْتَحِقُّونَ، فقد نقول لهم: أن يَعْتَاضُوا عُرُوضاً عن حقوقهم.

ولو كان المَبْذُولُ من غَيْرِ مال الكتابة، ولكن من جِنْسِهِ، فهل عليه القَبُولِ؟

فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لظاهر الآية.

والأظهر ـ وهو المَذْكُورُ في الكتاب ـ: نعم؛ كما في الزَّكَاةِ، ولأن المَقْصُودَ الإِعَانَةُ، وهي حاصلة.

وفي الفصل وَرَاءَ ما أَوْرَدْنَاهُ فَرْعَانِ:

أحدهما: إذا مات السَّيِّدُ بعد أَخْذِ النجوم، وقبل الإِيتَاءِ، فعلى الوَرَثَةِ الإِيتَاءُ، فإن كانوا صِغَاراً تَولاَّهُ الذي يلي أَمْرَهُمْ، ثم لا يخلو إما أن يكون مَالُ الكتابة أو بَعْضُهُ باقياً [بحاله][3] أو لم يكن إن كان باقياً، فيؤخذ القَدْرُ الوَاجِبُ منه، ولا يزاحم المُكَاتَبُ فيه أَرْبَابَ الديون، ولا أَرْبَابَ الوصايا، [لأن حقه][4] في عَيْنِهِ، أو هو كالمرهون بحقه هكذا ذكره القَفَّالُ، وحكاه القاضي ابن كَجٍّ عن نصه ـ رضي الله عنه ـ في «المبسوط».

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: والحصر.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: لا رجعة.

وإن لم يكن بَاقِياً؛ فعن أبي إِسْحَاقَ، وغيره وجه: أن الواجب[١] الإيتاء لكونه غير مُقَدَّرٍ ضعيف، فيؤخر عن الدَّيْنِ، ويجعل في مَرْتَبَةِ الوَصَايَا.

وذكر وجه آخر: أن على قولنا: إن القاضي يُقَدِّرُهُ باجتهاده، فَقَدْرُهُ أقل ما يتمول منه في مرتبة الدُّيُونِ، والزيادة عليه في مَرْتَبَةِ الوصايا لضعفه وهذا ما أَوْرَدَهُ في الكتاب مُسْتَثْنَى عن قولنا: إن الوَاجِبَ ما يُقَدِّرُهُ القاضي، ويليق بالحَالِ، فقال: «إلا أن يموت قبل الإيتاء. . .» إلى آخره.

وكأن مَنْ قَالَ به يقول: الزِّيَادَةُ على أَقَلِّ ما يتمول لا يليق بحال الميت؛ لأنه مُعْسِرٌ. وظَاهِرُ المَذْهَبِ أن ما يحكم بوجوبه على اخْتِلاَفِ الوجهين كَسَائِرِ الدُّيُونِ يُقَدَّمُ على الوَصَايَا، فإن أَوْصَى بِزِيَادَةٍ على الواجب، فتلك الزِّيَادَةُ من الوَصَايَا.

واعلم أن الحِكَايَةَ عن نَصِّ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في «المختصر» أن المُكَاتَبَ يُحَاصّ بالذي له أَهْلَ الدَّيْنِ والوَصَايَا.

واعترض المُزَنِيُّ وقال: يلزمه أن يقدمه على الوَصَايَا، وكيف يُحَاصّ الفريقين، والدُّيُونُ مُقَدَّمَةٌ على الوَصَايَا، فإن حَاصَّ أَهْلَ الدُّيُونِ يقدم على الوصايا، وإن حَاصَّ أَهْلَ الوصايا تَقَدَّمَتِ الديون عليه. واختلف الأَصْحَابُ ـ رحمهم الله ـ في الجَوَابِ على وجوه:

أحدها: أن الكاتب غلط، وإنما قال الشَّافِعِيُّ ـ رضي الله عنه ـ يُحَاصّ أَهْلَ الديون دون الوَصَايَا.

والثاني: عن ابن سُرَيْجٍ تَنْزِيلُ[٢] النَّصِّ على ما إذا أوصى أن يكون الإيتاء والدُّيُونُ من الثلث، وكان الثلث يحتملهما، والوَصَايَا أيضاً؛ فيتحاصُّون[٣] جميعاً في الثُّلُثِ.

والثالث: تنزيله على ما إذا قدر القاضي شيئاً باجْتِهَادِهِ فَيُحَاصّ أَرْبَابَ[٤] الديون بأقل ما يتمول منه، وأَرْبَاب الوَصَايَا بالزيادة. وهو الوجه الذي قَدَّمْنَاهُ.

والرابع: تَنْزِيلُهُ على ما إذا أَوْصَى السَّيِّدُ بزيادة على القَدْرِ الواجب، فيحاص أَرْبَابَ الديون بالواجب، وأَرْبَابَ الوَصَايَا بالزيادة.

وبهذا قال ابن خَيْرَانَ، وشَبَّهَ ذلك بما أَوْصَى بأن يمح عنه بالحجة الواجبة من بلده، فَقَدْرَ أُجْرَةَ الحج من المِيقَاتِ من رَأْسِ المال، والزيادة تُعْتَبَرُ من الثلث.

الفَرْعُ الثَّانِي:

إذا لم يبق من النجوم إلاَّ القَدْرُ الواجب في الإِيتَاءِ، فلا تسقط ولا يَحْصُلُ

---

(١) في ز: أنه واجب.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: فيتخاصمون.
(٤) في ز: له باب.

التَّقَاصُّ، لأنا ـ وإن جعلنا الحَطَّ أصلاً ـ فلِلسَّيِّدِ أن يُؤْتِيَهُ بَدَلاً عنه، ولا يجوز للسَّيِّدِ تعجيزه؛ لأن عليه مِثْلَهُ، ولكن يرفعه المُكَاتَبُ إلى الحاكم حتى يرى رَأْيَهُ، ويفصل الأَمْرَ بينهما. وإن جعلنا الإِيتَاءَ أَصْلاً؛ فعن القاضي الحُسَيْن أنّ له تَعْجيزَهُ بالباقي إذا لم يجبره، وإذا عَجَّزَهُ سقط الإِيتَاءُ وارتفع العَقْدُ من أَصْلِهِ.

قال الإمام: وهذا عندي غَيْرُ صحيح، وإنما شرع الإيتاء لئلاَّ يَعْجَزَ العَبْدُ بقدره ولا يَفُوتَ العِتْقُ. وَلْيُعْلَمْ ما ذكرنا قوله في الكتاب: «وليس للسيد تعجيزه» بالواو.

«فرع»:

إذا قلنا: أيجتهد القاضي في القَدْرِ؟

فقد قال الإِمَامُ: ما يستيقن[1] أن له وقع له بالإضافة إلى مَالِ الكتابة فهو غير كَافٍ، وما [يستيقن أن له وقعاً][2] فهو كَافٍ. وإذا تَرَدَّدَ فعند التَّرَدُّدِ يَتَعَارَضُ فيه أَصْلاَنِ:

أحدهما: بَرَاءَةُ ذِمَّةِ السَّيِّدِ.

والثاني: بقاء الأَمْرِ بالإيتاء، ويلتحق بأَطْرَافِ تقابل الأصلين والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ: لَوْ عَجَّلَ النُّجُومَ قَبْلَ المَحَلِّ أُجْبِرَ عَلَى القَبُولِ كَمَا لَوْ عَجَّلَ دَيْناً بِهِ رَهْنٌ، وَفِي سَائِرِ الدُّيُونِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ ضَرَرٌ أَوْ كَانَ وَقْتَ غَارَةٍ لَمْ يَجُزْ، فَإِنْ كَانَ العَقْدُ أُنْشِىءَ فِي وَقْتِ الغَارَةِ فَوَجْهَانِ، فَلَوْ كَانَ غَائِباً قَبَضَ القَاضِي عَنْهُ، وَلَوْ قَالَ لاَ آخُذُ فَإِنَّهُ حَرَامٌ أُجْبِرَ عَلَى القَبُولِ وَالقَوْلُ قَوْلُ المُكَاتَبِ، وَلَكِنْ هَلْ يُنْتَزَعُ مِنْ يَدِهِ بَعْدَ القَبُولِ لِأَجْلِ إِقْرَارِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُنْتَزَعُ وَيُحْفَظُ فِي بَيْتِ المَالِ أَوْ يُسَلَّمُ إِلَى مَالِكِهِ إِنْ أَقَرَّ لِمَالِكٍ مُعَيَّنٍ، وَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُنْتَزَعُ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقْبَلُ رُجُوعُهُ وَيَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ إِذَا كَذَّبَ نَفْسَهُ، وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ: إِنْ عَجَّلْتَ بَعْضَ النُّجُومِ فَقَدْ أَبْرَأْتُكَ عَنِ البَاقِي لَمْ يَصِحَّ (ح و) الإِبْرَاءُ، وَلَوْ عَجَّلَ البَعْضَ بِشَرْطٍ لَمْ يَصِحَّ (ح و) الأَدَاءُ، فَإِنْ وَفَّى السَّيِّدُ وَأَبْرَأَ فَهَلْ يَنْقَلِبُ القَبْضُ صَحِيحاً بِرِضَاهُ السَّابِقِ المُعَلَّقِ عَلَى الأَدَاءِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ أَنْشَأَ رِضاً جَدِيداً فَلاَ شَكَّ أَنَّهُ يَنْقَلِبُ مِنْ حِينِهِ لِأَنَّ دَوَامَ القَبْضِ كَابْتِدَائِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في المسألة قَوَاعِدُ يَتْلُوهَا فروع:

إِحْدَى القَوَاعِدِ: إذا عجل المُكَاتَبُ النُّجُومَ قبل المَحَلِّ، نُظِرَ: إن لم يلحق السَّيِّدَ

---

(١) في ز: يستقر.

(٢) في ز: يستقر أنه له دفعاً.

ضَرَرٌ في القَبُولِ؛ أجبر عليه[(١)]؛ لأن للمكاتب غَرَضاً ظاهراً فيه، وهو تنجيز العتق، أو تقريبه، ولا ضَرَرَ على السَّيِّدِ من قبوله[(٢)]، ولأن المحل حَقُّ مَنْ عليه الدَّيْنُ، فإذا أَسْقَطَهُ ينبغي أن يسقط، وقد ورد فيه الأَثَرُ عن عمر ـ رضي اللَّهُ عنه ـ؛ وإن لحق السَّيِّدَ ضَرَرٌ بأن كان لا يبقى بحاله إلى وَقْتِ الحُلُولِ، كالطَّعَامِ الرَّطْبِ، أو كان يلزمه مُؤْنَةٌ كَعَلَفِ الحيوان، وما يحتاج إليه لِلْحِفْظِ، أو كان في أيام فِتْنَةٍ وغَارَةٍ؛ فلا يُجْبَرُ على القَبُولِ.

نعم؛ لو أُنْشِئَ العَقْدُ في وقت الفِتْنَةِ والغَارَةِ، ففيه وجهان:

أحدهما: يُجْبَرُ؛ لاستواء الحَالَتَيْنِ، كما لو[(٣)] استويا في الأمن.

وأصحهما: المنع؛ لأنها قد تَزُولُ عند المَحَلِّ.

ولو أتى بالنجوم في غير بَلَدِ العَقْدِ؛ فإن كان في النَّقْلِ مُؤْنَةٌ، أو كان الطريق، أو ذلك البَلَدُ مَخُوفاً لم يُجْبَرْ على القبول وإلاَّ فَيُجْبَرُ.

وقوله في الكتاب: «وفي سائر الديون المؤجلة وجهان»، لا يمكن حَمْلُهُ على ما سوى النُّجُومِ مُطْلَقاً، وكيف وقد ذكر أنه لو عَجَّلَ دَيْناً به رهن يُجْبَرُ على القَبُولِ لفكِّ الرَّهْنِ.

وقد سبق ذلك في «باب السَّلَم»، وبَيَّنَّا هناك أنه إذا لم يكن للتعجيل غَرَضٌ سوى بَرَاءَةِ الذِّمَّةِ؛ ففي إِجْبَارِ المستحق على القَبُولِ قولان:

أظهرهما: الإِجْبَارُ، فليحمل قوله: «وفي سائر الدُّيُونِ المُؤَجَّلَةِ» على ذلك، أي الديون التي لا يَتَعَلَّقُ بتعجيلها غَرَضُ عتق[(٤)] وفك رَهْنٍ، وغيرهما.

الثانية: إذا أَتَى المُكَاتَبُ بالنجوم في مَحَلِّهِ، والسَّيِّدُ غَائِبٌ، فيقبض القاضي عنه، وكذا يقبض عنه إذا امتنع وهو حَاضِرٌ، ويعتق العَبْدُ. ولو أتى بالنجم قبل المَحَلِّ والسَّيِّد غائب؛ فكذلك يقبض عنه إذا عرف أنه لا ضَرَرَ على السَّيِّدِ في أَخْذِهِ.

قال الصَّيْدَلاَنِيُّ: وبمثله لو كان لِغَائِبٍ دَيْنٌ على آخر، فأتى به الحاكم؛ هل يقبضه للغائب؟ فيه وجهان:

أظهرهما: المنع؛ لأنه ليس للمؤدى غَرَضٌ إلاَّ سُقُوطُ الدَّيْنِ عنه، والنظر للغائب

---

(١) قال في الخادم: زاد في المحرر فإن أتى قبضه القاضي، وليس ذلك في الشرح والروضة هنا ولكن ذكراه فيما إذا أتى بالنجم والسيد غائب فقال: يقبضه عنه، وكذا يقبضه عنه إذا امتنع وهو حاضر.

(٢) في أ: في القبول.

(٣) سقط في: ز.

(٤) سقط في: ز.

أن يترك المَالَ في ذِمَّةِ المليء فإنه خَيْرٌ من أن يصير أَمَانَةً في يد الحاكم(١).

الثالثة: إذا أتى المُكَاتَبُ بالنجوم، فقال السَّيِّدُ: هذا حَرَامٌ أو مغصوب؛ نُظِرَ: إن أقام على ما يقوله بَيِّنَةً لم يُجْبَرْ على قَبُولِهِ [وتسمع هذه البَيِّنَةُ؛ لأن له في إقامتها غَرَضاً ظاهراً، وهو الامْتِنَاعُ عن الحرام. هكذا أطلقه كثيرون.

وقال الصَّيْدَلاَنِيُّ: إنما يقيم البَيِّنَةَ](٢) ويسمع إذا عَيَّنَ له مَالِكاً، أما إذا لم يُعَيِّنْ فلا تُتَصَوَّرُ البَيِّنَةُ للمجهول، ولا معنى لقولهم: إنه مَغْصُوبٌ.

وللمطلقين أن يقولوا: إذا كان مَقْصُودُ هذه البَيِّنَةِ الامْتِنَاعُ عن الحرام لم يبعد قَبُولُهَا على الإِطْلاَقِ، وإن لم تكن بَيِّنَةٌ، فالقول قول المُكَاتَبِ: إنه له مع يَمِينِهِ؛ لظاهر اليَدِ، فإن نَكَلَ حَلَفَ السَّيِّدُ، وكان كما لو أقام البَيِّنَةَ.

وعن ابن أبي هُرَيْرَةَ وَجْهٌ حكاه القاضي ابْنُ كَجٍّ أن المُكَاتَبَ يحتاج إلى البينة.

والمشهور الأَوَّلُ، ولا يثبت بِبَيِّنَةِ السَّيِّدِ حَقُّ المالك الذي عَيَّنَهُ، ولا يسقط بِحَلِفِ المكاتب حقه.

ثم إذا حَلَفَ العبد، فظاهر المَذْهَبِ أنه يجبر السَّيِّدُ على قَبُولِهِ، أو إِبْرَائِهِ عن ذلك القَدْرِ، فإن امتنع منهما أخذ الحاكم النُّجُومَ، وعُتِقَ العبد. وقد نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ فيما إذا اشْتَرَى نَخِيلاً، وأَفْلَسَ، ورجع البائع في النَّخِيلِ، وعليها ثمرة؛ فقال المُشْتَرِي: حدثت في مِلْكِي، وقال البائع: بل كانت على النَّخِيلِ وقت(٣) البيع، وصدق بعض الغُرَمَاءِ المشتري دون بعض، أنه يُصَدَّقُ المشتري.

وأنه إذا حَلَفَ تُدْفَعُ الثمرة إِلى مَنْ صَدَّقَهُ دون من كَذَّبَهُ.

فحكى الشيخ أبو حَامِدٍ أن من الأَصْحَابِ من قال: قَضِيَّةُ قوله: لا تدفع الثمرة إلى المكذب ألاَّ يجبر السَّيِّدُ على القَبُولِ ها هنا، وأن فيهما(٤) قولين بالنَّقْلِ والتخريج، والأكثرون امْتَنَعُوا منه.

وقالوا في الفَرْقِ إذا دفعت الثَّمْرَةُ إلى من صَدَّقَهُ، بَرِئَتْ ذِمَّتُهُ عن الدَّيْنِ بقدرها، ولم يتضرر. وها هنا لو لم يُجْبَرِ السَّيِّدُ على الأَخْذِ تَضَرَّرَ ببقاء الرِّقِّ.

ويجوز أن يُعَلَمَ لما بَيَّنَّا قوله في الكتاب: «أجبر على القبول» بالواو واللفظة

(١) قال في الخادم: وهذه المسألة وقع فيها اضطراب للرافعي وقد سبقت مواضع منها باب الشاهد واليمين وتعليل الرافعي يشعر بأن محل الخلاف في المليء فإن كان غير مليء وجب أخذه جزماً.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في أ: يوم.
(٤) في ز: فيها.

تحتاج إلى ضَمِيمَةِ المعنى أُجْبِرَ على القَبُولِ، أو الإِبْرَاءِ عن ذلك القدر، أو أُجْبِرَ على القَبُولِ إن لم يبرىء عنه. ثم إذا أخذه السَّيِّدُ، نُظِرَ إن عَيَّنَ له مَالِكاً أُمِرَ بِتَسْلِيمِهِ إليه مُؤَاخَذَةً له بإقراره، وإن لم يقبل قوله على المُكَاتَبِ ـ وإن لم يعين مالكاً، واقتصر على قوله: «إنه حرام»، «أو مَغْصُوبٌ»، «أو مَسْرُوقٌ»، فوجهان:

أحدهما: أنه يَنْتَزِعُهُ الحاكم، ويحفظه في بَيْتِ المال إلى أن يَظْهَرَ مالكه.

وأظهرهما: المَنْعُ؛ فإنه لم يقر لمعين.

وذكر الرُّويَانِيُّ وغيره ـ رحمهم الله ـ على هذا أنه يُقَالُ: له إمساكه إلى أن يَتَبَيَّنَ صَاحِبُهُ، ويمنع من التَّصَرُّفِ فيه.

ولو كَذَّبَ نَفْسَهُ، وقال: هو لِلْمُكَاتَبِ، كما ادَّعَاهُ.

قال الإِمَامُ: المذهب أنه يقبل وينفذ تَصَرُّفُهُ. بحسبه، ويجوز أن يُوَجَّهَ الآخر بأنه أَقَرَّ بأنه حَرَامٌ عليه، فلا يتمكن من الرجوع عنه.

قال: وإن قلنا: إن الحاكم يزيل يَدَهُ، فالظَّاهِرُ أنه لو كَذَّبَ نفسه لا يقبل.

وقوله في الكتاب: «فيه وجهان أحدهما أنه يُنْزَعُ، ويحفظ في بيت المال، أو يسلم إلى مالكه إن أقر لمالك معين» يشعر بِإِثْبَاتِ الخلاف في الانْتِزَاعِ مع الإقرار لِمُعَيَّنٍ ليسلم إليه، ولا خِلاَفَ في أنه يُؤْمَرُ بالتسليم إليه، لكن لا يجوز[1] فَرْض الخلاف في أَنَّا هل [ننزعه لنسلمه][2] إليه إذا كان غَائِباً مَثَلاً. هذه هي القَوَاعِدُ.

وأما الفروع[3]: فلو جاء المُكَاتَبُ بالنَّجْم عند المَحَلِّ، وشرط على السيد أن يُبْرِئَهُ، فالشرط لَغْوٌ، وللسَّيِّدِ أَخْذُهُ، ولا يلزمه الإِبْرَاءُ عن الباقي.

ولو عَجَّلَ قبل المَحَلِّ على أن يُبْرِئَهُ عن الباقي؛ فأخذه وأَبْرَأَهُ لم يَصِحَّ القَبْضُ ولا الإِبْرَاءُ، خلافاً لأبي حَنِيفَةَ وأحمد.

ولو قال السيد: أَبْرَأْتُكَ عن كذا بِشَرْطِ أن تُعَجِّلَ لي الباقي، وإذا عَجَّلْتَ كذا، فقد أَبْرَأْتُكَ عن الباقي، فَعَجَّلَ لم يَصِحَّ القَبْضُ ولا الإِبْرَاءُ أيضاً، وإذا لم يَصِحَّا لم يَحْصُلِ العِتْقُ، وعلى السيد رَدُّ المَأْخُوذِ. هذا ظاهر المذهب.

وأشار المُزَنِيُّ إلى تَرَدُّدِ قول في صِحَّةِ القَبْضِ والإِبْرَاءِ، ولم يسلم له جمهور الأصحاب اخْتِلاَفَ القَوْلِ في المَسْأَلَةِ، وحملوا التَّجْوِيزَ على ما إذا لم يَجْرِ شرط ابتدائه.

(١) في أ: ولكن يجوز.

(٢) في ز: ينتزعه ليسلمه.

(٣) في ز: الفرع.

وردَّدَ صاحب [الكتاب في «الوسيط»](١) تَرَدُّدَ القول إلى أنه إذا عَجَّلَ بشرط الإبراء وفى السيد فأبرأ؛ هل يَنْقَلِبُ القَبْضُ صحيحاً [ففي قول: ينقلب صحيحاً](٢) لأنه رضي بالأداء بشرط الإِبْرَاءِ، فإذا حصل الشَّرْطُ كان القبض مَرْضِيّاً به، وعلى هذا جَرَى في الكتاب.

ولو أَنْشَأَ رِضاً جديداً، فقبضه عما عليه يحكم بِصِحَّتِهِ، كما لو أذن للمشتري في أن يَقْبِضَ ما في يَدِهِ عن جهة الشِّرَاءِ، وللمرتهن(٣) في قبضه عن جهة الرَّهْنِ.

ويجوز أن يُعَلَّمَ قوله في الكتاب: «لم يصح الإبراء» مع الحاء والألف بالواو؛ لما أَشَارَ إليه المزني.

وأيضاً ففي تَعْلِيقِ الإِبْرَاءِ مُطْلَقاً خِلاَفٌ مَذْكُورٌ في «الضَّمَانِ»، ولو أخذ السيد ما عَجَّلَهُ المُكَاتَب أو أبرأه عن الباقي من غير شَرْطٍ لو عَجَّزَ العَبْدُ نَفْسَهُ، فَأَخَذَ السَّيِّدُ ما معه وأَبْرَأَهُ عن الباقي، أو أَعْتَقَهُ جاز(٤).

وذكر الشَّافِعِيُّ ـ رضي اللَّهُ عنه ـ مُشِيراً إلى حِلِّهِ بقيد حرية المُكَاتَبِ بما عَجَّله أنه(٥) إن أَحَبَّ أن يصح فَلْيَرْضَ المُكَاتَبُ بالعَجْزِ، ولْيَرْضَ السَّيِّدُ بأن يأخذ ما معه ويعتقه، ولكن في هذا(٦) مُخَاطَرَةٌ على العبد، فإنه لا يؤمن ألاَّ يفي السَّيِّدُ بما وَعَدَ وَيَرِقَّهُ، ويأخذ ما في يَدِهِ من الأَكْسَابِ، فالطريق على ما حكى عن صاحب «الإفصاح» والأئمة ـ رحمهم الله ـ أن يقول: إذا عَجَّزْتَ نفسك، وأَدَّيْتَ إِلَيَّ كذا، فأنت حُرٌّ، فإذا وجدت الصِّفَتَانِ يعتق، ويكون العِتْقُ على الكتابة.

قال في «التهذيب»: لأنه لا ترتفع الكِتَابَةُ بِمُجَرَّدِ تعجيزه نفسه، وإنما يرتفع إذا فَسَخَهَا بعد التَّعْجِيزِ، وإذا عُتِقَ عن الكِتَابَةِ، كانت الأَكْسَابُ له، ثم يَتَرَاجَعَانِ، فيرجع العبد على السَّيِّدِ بما أخذه ويرجع السَّيِّدُ على العَبْدِ بقيمته؛ لأنه أَعْتَقَهُ على عِوَضِ التَّعْجِيزِ، والمال المذكور، والتعجيز لا يصلح عِوَضاً، وكأنه أُعْتِقَ على عِوَضٍ فَاسِدٍ.

وقال في «الشامل»: لو لم يُعَلِّقْ هكذا، ولكن قال: إن أَعْطَيْتَنِي كذا فأنت حُرٌّ،

---

(١) في ز: الوسيط في الكتاب. (٢) سقط في: ز.

(٣) في أ: وللمريض.

(٤) أطلق الإبراء وهو يوهم أنه إذا تأخر عن التعجيل المشروط فيه الإراء ووقع مستقلاً لا يصح وليس كذلك وكان ينبغي أن يبين صورة المسألة وأن الإبراء صدر جواباً فإن للمسألة شرطين:
أحدهما: أن يكون التعجيل مشروطاً بالإبراء.
والثاني: أن يقع الإبراء على الفور على وجه القبول بما شرطه الدافع كما في سائر العقود ولهذا أفسدوه لشبهة بربا الجاهلية.

(٥) في ز: له. (٦) في ز: هذه.

فأعطاه عُتِقَ، ولكنه عِوَضٌ فَاسِدٌ؛ لأن المُكَاتَبَ لا تَصِحُّ المُعَاوَضَةُ عليه، فَعُتِقَ بالصفة، ويجب عليه تَمَامُ قيمته. واعلم أن الإِمَامُ أَطْنَبَ في إِيرَادِ الإِشْكَالِ في هذا الفصل وفيما أَوْرَدْنَاهُ يحصل به الانْفِصَالُ عن أكثرها.

«فرع»:

لو عَجَّلَ المُكَاتَبُ النجم[1] على أن يُعْتِقَهُ، ويُبْرِئَهُ عن الباقي ففعل السيد ذلك، عُتِقَ المُكَاتَبُ، ورجع السيد عليه بقيمته، ويرجع المُكَاتَبُ على السيد بما أَدَّاهُ؛ لأنه أَعْتَقَهُ بِعَوَضٍ فَاسِدٍ. حكاه القَاضِي عن النَّصِّ[2].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثَةُ لِتَعَذُّرِ النُّجُومِ خَمْسَةُ أَسْبَابٍ: إِذَا أَفْلَسَ بِجَمِيعِهَا أَوْ بِبَعْضِهَا فَلَهُ فَسْخُ الكِتَابَةِ وَيُسَلِّمُ لَهُ مَا أَخَذَ إِلاَّ مَا كَانَ مِنَ الصَّدَقَةِ فَيَجِبُ رَدُّهَا عَلَى مَالِكِهَا، وَلَيْسَ هَذَا الفَسْخُ عَلَى الفَوْرِ بَلْ لَهُ التَّأْخِيرُ، وَلاَ يَلْزَمُهُ الإِنْظَارُ إِلاَّ بِقَدْرِ مَا يَخْرُجُ المَالُ مِنَ المَخْزَنِ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُ غَائِباً فَلَهُ الفَسْخُ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عُرُوضٌ لاَ يُشْتَرَى إِلاَّ فِي زَمَانٍ فَلَهُ الفَسْخُ عَلَى الأَظْهَرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ المسألة الكَلاَمُ فيما إذا تَعَذَّرَ تَحْصِيلُ النجوم عند مَحِلِّهَا، وله أسباب منها:

الإِفْلاَسُ: فإذا حَلَّ نَجْمٌ على المُكَاتَبِ، وهو عاجز عن أَدَائِهِ، أو أَدَاءِ بَعْضِهِ، فَلِلسَّيِّدِ فَسْخُ الكتابة [فإن شاء فسخ بنفسه][3]؛ لأنه فسخ مُجْمَعٌ عليه كَفَسْخِ النِّكَاحِ بالعِتْقِ، وإن شاء رَفَعَ الأَمْرَ للحاكم لِيَفْسِخَ.

وفي «تَعْلِيقِ الشيخ أبي حَامِدٍ»: أنه إذا ثَبَتَ عَجْزُهُ بِإِقْرَارِهِ أو بِالبَيِّنَةِ فللسيد فسْخُ الكتابة، ولا يَنْبَغِي أن يشترط إقراره بالعَجْزِ، ولا قيام البينة عليه؛ لأنا سنذكر أنه إذا امْتَنَعَ عن الأَدَاءِ، ثَبَتَ حَقُّ الفَسْخِ للسيد، وإذا لم يُؤَدِّ، فهو مُمْتَنِعٌ إن لم يكن عَاجِزاً، وإذا رفع الأمر إلى الحاكم[4] فلا بد من ثُبُوتِ الكِتَابَةِ، وحُلُولِ النَّجْمِ عنده ومهما فسخت الكتابة سَلَّمَ للسيد ما أَخَذَهُ؛ لأنه كَسْبُ عبده[5] نعم؛ ما أخذه من الصَّدَقَاتِ

---

(١) في أ: النجوم.

(٢) ومراده بالقاضي هو الحسين والنص موجود في الأم وعبارته: «وإن فعل هذا على أن يحدث للمكاتب عتقاً فأحدثه له فالمكاتب حر، ويرجع عليه سيده بالقيمة لأنه أعتقه ببيع فاسد كما قلت في أصل الكتابة الفاسدة.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: للحاكم.

(٥) في أ: عنده.

فَيَسْتَرِدُّهُ مُؤَدِّيهِ. وهذا قد سَبَقَ ذِكْرُهُ في «قَسْمِ الصَّدَقَاتِ».

ويجوز أن يُعَلَّمَ قَوْلُهُ في الكتاب: «فيجب ردها» لخلاف بَيَّنَاهُ هناك، وليس هذا الفَسْخُ على الفَوْرِ، بل له تَأْخِيرُهُ إلى أن يَشَاءَ، كالفَسْخِ بالإِعْسَارِ(١).

وإذا استنظره المُكَاتَبُ، فَيُسْتَحَبُّ له أن يُنْظِرَهُ. ثم لا يُلْزَمُ الإِمْهَالَ؛ بل له الرُّجُوعُ إلى الفَسْخِ مهما بَدَا له، خِلاَفاً لأبي حنيفة.

وإذا طالبه بالمَالِ، فَلاَ بُدَّ من الإِمْهَالِ بِقَدْرِ ما يَخْرُجُ من المَالِ من الصَّنْدُوقِ والدُّكَّانِ وَالمَخْزَنِ ويزن(٢)، وإن كان مَالُهُ غائباً، فقد أَطْلَقَ الإِمَامُ وصاحب الكتاب: للسيد الفَسْخُ، وليُحْمَلْ على تَفْصِيلٍ، ذكره ابن الصَّبَّاغِ، وصاحب «التهذيب» وغيرهما ـ رحمهم الله ـ وهو أنه إن كان على مَسَافَةِ القَصْرِ، لَم يَلْزَمْهُ التأخير إلى أن يُحْضِرَهُ؛ لِطُولِ المُدَّةِ، وإن كان على مَا دُونَ مَسَافَةِ القَصْرِ، لَزِمَ التَّأْخِيرُ إلى أن يحضره، وإن كان له دَيْنٌ على إِنْسَانٍ؛ فإن كان حَالاً، ومن عليه مَلِيٌّ، وجب التَّأْخِيرُ إلى اسْتِيفَائِهِ، كما لو كانت له وَدِيعَةٌ عند غيره؛ فإن كان مُؤَجّلاً، أو على مُعْسِرٍ، فلا يجب التَّأْخِيرُ.

وإن كان الدَّيْنُ على السَّيِّدِ، وهو من جِنْسِ النجوم، ففيه الخِلاَفُ في التَّقَاصِّ، وإن كان مِنْ غير جِنْسِهِ أَدَّاهُ لِيَصْرِفَهُ المُكَاتَبُ إلى جنس النجوم، ولو حَلَّ النَّجْمُ وهو نَقْدٌ، وللمكاتب عُرُوضٌ، فإن تأتَّى بيعها على الفَوْرِ، فلا يَفْسِخُ السيد وتُبَاعُ، وإن احْتَاجَ البَيْعُ إلى مُدَّةٍ لكسادٍ وَغَيْرِهِ، فَقَضِيَّةُ ما أَطْلَقَهُ الصَّيْدَلاَنِيُّ أنه لا يَفْسِخُ أيضاً.

ورأى الإمام جَوَازَ الفَسْخِ، ونَزَّلَهُ مَنْزِلَةَ غيبة المال، وهذا أظهر وضبط في «التهذيب» مُدَّة التأخير(٣) للبيع بثلاثة أَيَّامٍ، وقال: لا يلزم أَكْثَرُ من ذلك. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّانِي): إِذَا غَابَ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ فَلَهُ الفَسْخُ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى الرَّفْعِ إِلَى القَاضِي، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ بَعْدَ المَحَلِّ فَلَيْسَ لَهُ الفَسْخُ حَتَّى يُخْبِرَهُ مُخْبِرٌ أَنَّهُ قَدْ نَدِمَ عَلَى الإِنْظَارِ، فَإِنْ قَصَّرَ فِي الإِيَابِ فَلَهُ الفَسْخُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا حَلَّ النجم، والمُكَاتَبُ غائب، أو غَابَ بعد الحُلُولِ بغير إِذْنِ السيد، فَلِلسَّيِّدِ فَسْخُ الكتابة إن شاء بِنَفْسِهِ، وإن شاء بالحاكم؛ لأن المُكَاتَبَ كان ينبغي

---

(١) قال ابن أبي الدم: هكذا قطع به الإمام ولا يبعد تخريج وجه فيه أنه على الفور من الخلاف في رجوع البائع إلى عين متاعه إذا أفلس المشتري، ويؤيده أن العراقيين ألحقوا إثبات الفسخ للسيد بفسخ البيع بالرد بالعيب وبالرجوع إلى عين السلعة في حق المفلس.

(٢) قال ابن أبي الدم: هكذا صرح الإمام وهو خلاف ما ذكره الأصحاب فإنهم اتفقوا على أنه يمهل ثلاثة أيام.

(٣) في ز: التأخر.

أن يحضر، أو يبعث المَالَ إليه عند المَحَلِّ، ولا يجب على السَّيِّدِ تأخير الفَسْخِ بكون[(١)] الطريق مَخُوفاً، أو المُكَاتَبِ مَرِيضاً.

وفيه وَجْهٌ، ويُنْسَبُ إلى أبي إِسْحَاقَ: أنه لا يفسخ بنفسه عند العَقْدِ؛ بل لا بد من الرَّفْعِ إلى القَاضِي، فإنه نَائِبُ [الغَيّب][(٢)]، وقد سَبَقَ ذِكْرُ هذين الوجهين فيما إذا أَمِرَ المُكَاتَبُ. والظاهر الأول. وإلى الوجه المذكور أَشَارَ بقوله في الكتاب: «من غَيْرِ حَاجَةٍ إلى الرفع»، فإن فسخ بنفسه، فليشهد عليه لئلا يُكَذِّبَهُ المُكَاتَبُ.

وإن رفع الأمر إلى الحاكم، فَلاَ بُدّ وأن يثبت عنده حُلُول النجم، وتعذر التحصيل، ويُحَلِّفُهُ الحَاكِمُ مع ذلك؛ لأنه قَضَاءٌ على الغائب.

قال الصَّيْدَلاَنِيُّ: يُحَلِّفُهُ أنه ما قَبَضَ من النجم منه، ولا من وَكِيلِهِ، ولا أَبْرَأَهُ ولا أَحَالَ به، ولا يَعْلَمُ له مَالاً حَاضِراً. وذِكْرُ الحَوَالَةِ [يَتَفَرَّعُ][(٣)] على جَوَازِ الحِوَالَةِ بالنُّجُومِ. ولو كان مَالُ المكاتب الغائب حاضراً، لم يُؤَدِّ الحاكم النُّجُومَ منه، ويمكن السيد من الفَسْخِ؛ لأنه ربما عَجَّزَ نَفْسَهُ لو كان حَاضِراً، ولم يُؤَدِّ المَالَ.

ولو أنظر المُكَاتب بعد حُلُولِ النَّجْمِ، وأَذِنَ له في السَّفَرِ، ثم بَدَا له في الإِنْظَارِ لم يكن له الفَسْخُ في الحَالِ[(٤)] لأن المُكَاتَبَ غير مُقَصِّرٍ ها هنا، وربما اكْتَسَبَ في السَّفَرِ ما يَفِي بالوَاجِبِ، ولكن يَرْفَعُ السيد الأَمْرَ إلى الحاكم، ويقيم البَيِّنَةَ على الحُلُولِ والغيبة ويَحْلِفُ مع ذلك، ويذكر أنه رَجَعَ عن الإِنْظَارِ، فيكتب الحَاكِمُ إلى حَاكم بَلَدِ المُكَاتَبِ ليعرفه الحال؛ فإن أظهر العَجْزَ كتب به إلى حَاكِمِ بَلَدِ السَّيِّدِ ليفسخ إن شَاءَ. وإن قال: أُؤَدِّي الوَاجِبَ، فإن كان للسَّيِّدِ وَكِيلٌ هناك أمره[(٥)] بالتسليم، فإن أَبَى ثَبَتَ حَقُّ الفَسْخِ [بالامتناع][(٦)] للسيد، وللوكيل الفَسْخُ أيضاً إن كان وَكِيلاً به. وحكى القاضي ابْنُ كَجٍّ قَوْلاً آخر: أنه لا يَثْبُتُ حَقُّ الفَسْخِ بالامْتِنَاعِ من التسليم إلى الوَكِيلِ، لاحتمال العَزْلِ، وإن لم يكن هناك وَكِيلٌ أمره الحَاكم بإِيصَالِهِ إليه، إما بنفسه أو بغيره، ويَلْزَمُهُ ذلك في أول رفقة تَخْرُجُ، أو في الحال إن كان لا يَحْتَاجُ إلى رُفْقَةٍ في ذلك الطريق، وعلى السَّيِّدِ الصبر[(٧)] إلى أن تَمْضِي مُدَّةُ إِمْكَانِ الوُصُولِ، فإن مَضَتِ المُدَّةُ ولم يوصله مقصّراً فللسَّيِّدِ الفَسْخُ.

---

(١) في أ: ويكون.

(٢) في ز: الغائب.

(٣) في ز: بتفريع.

(٤) هذا إذا علم البلد الذي فيه المكاتب فلو لم يعرف فيجوز أن يقال ليس للسيد الفسخ لأنظاره وعدم تقصير المكاتب ويجوز أن يقال يفسخ وإلا لزم الضرر على السيد ولم أر فيه نقلاً. قاله في الخادم.

(٥) في ز: أمر.

(٦) سقط في: ز.

(٧) في أ: المصير.

ويخرج مما ذكرنا: إنه لا يعتبر مُضِيُّ مُدَّةِ إِمْكَانِ المَسِيرِ إلى السَّيِّدِ إن كان له وَكِيلٌ هناك، وأنه يُعْتَبَرُ مُضِيُّهَا إن لم يكن وَكِيلٌ وكذلك نَقَلَهُ الرَّبِيعُ.

وعن رواية المُزَنِيِّ أنه لا يَفْسخ حتى تَمْضِيَ مُدَّةُ إِمْكَانِ المسير، سواء كان هناك وَكِيلٌ، أو لم يَكُنْ وعدّ ذلك سهواً منه.

وقوله في الكتاب: «فَلَيْسَ له الفَسْخُ حتى يخبره أنه نَدِمَ على الإِنْظَارِ ليس في ظَاهِرِهِ تَعَرُّضٌ للرفع إلى الحَاكِمِ، ولكتاب الحاكم، لكنه الذي ذكره الشَّافِعِيُّ ـ رضي الله عنه ـ والأَصْحَابُ ـ رحمهم الله ـ بل لا بد من الحَمْلِ عليه.

نعم؛ قال القاضي ابْنُ كَجٍّ: لو لم يكن في بَلَدِ السَّيِّدِ حَاكِمٌ، فكتب السيد إلى العبد، وأعلم الحال، وأمره بالتَّسْلِيمِ إلى رَجُلٍ عَيَّنَهُ، فامتنع، فَعِنْدِي: أنه كما لو امْتَنَعَ بَعْدَ كتاب القَاضِي، إذا وقع له العِلْمُ به. وذكر أبو الحُسَيْنِ فيه وجهين، وحكى وجهين فيما لو سَلَّمَ المُكَاتَبُ إلى وكيل السيد، وبَانَ [أن] السَّيِّدَ عَزَلَهُ؛ هل يَبْرَأُ المُكَاتَبُ؟

قال: وعندي أن الوجهين مَخْصُوصَانِ بما إذا قال الحاكم: إن فلاناً وَكَّلَهُ، ولم يأمره بالتَّسْلِيمِ إليه، فَيَبْرَأُ بلا خِلاَفٍ. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثُ: أَنْ يَمْتَنِعَ مَعَ القُدْرَةِ فَلَهُ الفَسْخُ إِذِ الكِتَابَةُ جَائِزَةٌ (ح و) مِنْ جَانِبِ العَبْدِ، وَلَهُ أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ وَأَنْ يَفْسَخَ مَهْمَا شَاءَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وإذا امتنع العَبْدُ من أَدَاءِ النُّجُومِ مع القُدْرَةِ لم يُجْبَرْ عليه؛ لأن الكتابة جَائِزَةٌ من جانب العَبْدِ، فله تَعْجِيزُ نَفْسِهِ إذا شاء. قال الأَصْحَابُ ـ رحمهم الله ـ: وإنما كانت الكِتَابَةُ جَائِزَةً من جانب العَبْدِ، بخلاف جانب السَّيِّدِ؛ لأن الحَظَّ في الكتابة للعبد، فلا يَتَمَكَّنُ السَّيِّدُ من إِسْقَاطِ ما أَثْبَتَهُ من الحَظِّ والحَقِّ، وصاحب الحظ بالخِيَارِ في حقه.

وهذا كما أن الرَّهْنَ جَائِزٌ من جانب المُرْتَهِنِ، لاَزِمٌ من جِهَةِ الرَّاهِنِ، وأيضاً فالكتابة تتضمن تَعْلِيقَ العِتْقِ بصفة في العَبْدِ، والتعليق يلزم من جهة المُعَلِّقِ، والعَبْدُ لا يلزمه الإِتْيَانُ بالصفة المعلق عليها.

وإذا عَجَّزَ نَفْسَهُ، فالسيد بالخِيَارِ بين أن يفسخ، أو يجيز، وإذا اختار الفَسْخَ، فله الفَسْخُ بنفسه، ولا يحتاج إلى الرَّفْعِ إلى القاضي.

وهل لِلْمُكَاتَبِ الفَسْخُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ إذ لا ضَرَرَ عليه في بَقَاءِ الكِتَابَةِ.

وأظهرهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: نعم؛ كما أن للمرتهن أن يَفْسَخَ الرَّهْنَ أيضاً.

قال الإمام: تَجْوِيزُ الامْتِنَاعِ عن أَدَاءِ النجوم، مع أنه لا يملك الفَسْخَ بعيد[١].

وقال أَبُو حَنِيفَةَ ومالك: إن كان في يَدِهِ وَفَاءٌ بالنجوم، لم يَجُز له تَعْجِيزُ نفسه، بل يُجْبَرُ على الأَدَاءِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعُ إِذَا جُنَّ العَبْدُ وَقُلْنَا: لاَ يَنْفَسِخُ فَلَهُ الفَسْخُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ فَللقَاضِي أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ لِيُعْتَقَ إِنْ رَأَى المَصْلَحَةَ لَهُ فِي الحُرِّيَةِ، وَلِلسَّيِّدِ أَيضاً أَنْ يَسْتَقِلَّ بِأَخْذِ النُّجُومِ إِذْ تَمْكِينُهُ مِنْ هَذَا أَوْلَى مِنْ مَنْعِهِ حَتَّى يَفْسَخَ وَيَأْخُذَ المَالَ مَجَّاناً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد مَرَّ أن الكتابة لا تَنْفَسِخُ بِجُنُونِ العَبْدِ، فإن حَاوَلَ السَّيِّدُ الفَسْخَ، فلا بد وأن يأتي الحَاكِمُ فَيُثْبِتُ عَقْدَ الكتابة، وحُلُولَ النجم ويبدي المطالبة به، ويحلفه الحاكم على بَقَاءِ الاسْتِحْقَاقِ، ثم يبحث فإن وجد لِلْمُكَاتَبِ مَالاً أَدَّاهُ عن الواجب عليه ليعتق، ويخالف ما إذا كان المُكَاتَبُ غَائِباً، وله مَالٌ حاضر، حيث قال: لا يُؤَدِّيهِ عنه، وفرق بينهما بأن الغَائِبَ من أَهْلِ النَّظَرِ لنفسه، ولو كان حَاضِراً فربما امتنع وعَجَّزَ نَفْسَهُ، وربما فسخ الكتابة في غيبته.

والمجنون ليس من أَهْلِ النَّظَرِ، فينوب عنه الحَاكِمُ.

ثم عَامَّةُ الأصحاب أَطْلَقُوا القَوْلَ بأن الحاكم يُؤَدِّي عنه.

وذكر صاحب الكتاب ها هنا وفي «الوسيط» أنه يُؤَدِّيهِ إن رأى المَصْلَحَةَ له في الحرية، وإن رأى أنه يضيع إذا عُتِقَ فلا يُؤَدِّيهِ، وهذا جَيِّدٌ، ولكنه قليل النفع، مع قولنا: إن السَّيِّدَ إذا وجد له مَالاً يَسْتَقِلُّ بأخذه، إلاَّ أن يقال: إن الحاكم يمنعه من الأخذ، والحالة هذه، وإن لم يجد الحاكم له[٢] مَالاً، فَيُمَكِّنُ السَّيِّدُ من الفَسْخِ؛ فإذا فسخ عاد المُكَاتَبُ قِنّاً له، وعليه نَفَقَتُهُ.

ثم إن ظهر له مَالٌ، أو أفاق، وأتى بمال كان قد حَصَّلَهُ قبل الفَسْخِ دفع إلى السيد [و]حكم بعتقه، ونقص التعجيز هكذا أَطْلَقُوهُ. وأَحْسَنَ الإِمَامُ فقال: إنَ ظهر المَالُ في يَدِ السَّيِّدِ رد التعجيز، وإلاَّ فهو نافذ؛ لأنه فسخ حين تَعَذَّرَ عليه الوُصُولُ إلى حَقِّهِ، فأشبه ما لو كان مَالُهُ غائباً، فحضر بعد الفَسْخِ.

وإذا حَكَمْنَا بِبُطْلاَنِ التعجيز، وكان السيد جَاهِلاً بِحَالِ المال، فعلى المُكَاتَبِ رد

---

(١) وهذا الذي رجحه نقله الإمام عن المراوزة، وحكى الأول عن العراقيين ثم غلطهم بتجويزهم الامتناع عن الأداء فيما قاله نظر، فإن نص الشافعي في الأم أن ولاية الفسخ بعد العجز أو عند الامتناع من الأداء للسيد مع التصريح بأن له الاعتراض عن الأداء.

(٢) في أ: المكاتب.

ما أنفق السَّيِّدُ عليه؛ لأنه لا يتبرع به، وإنما أنفق على أنه عَبْدُهُ. ولو أقام المُكَاتَبُ بعدما أَفَاقَ بَيِّنَةً، على أنه كان قد أَدَّى النُّجُومَ، حكم بِعِتْقِهِ، ولا رُجُوعَ للسيد عليه؛ لأنه لبس وأَنْفَقَ على عِلْمٍ بحريته فيجعل[1] مُتَبَرِّعاً، فلو قال: نسيت[2] الأَدَاءَ، فهل يقبل ليرجع؟ فيه وجهان:

وإن وجد السَّيِّدُ لِلْمُكَاتَبِ في جُنُونِهِ مَالاً، فقد تَقَدَّمَ أن له أن يَسْتَقِلَّ بِأَخْذِهِ، وحكينا عن الإِمَامِ ـ رحمه الله ـ تَفْصِيلاً فيه.

وقوله في الكتاب: «إِذْ تمكينه من هذا أَوْلَى من منعه حتى يفسخ ويأخذ المال مَجاناً»، ليس المَقْصُودُ منه ما لو مَنَعْنَاهُ من الاسْتِقْلاَلِ بالأَخْذِ، فيفسخ، ويأخذ المال من جِهَةِ أنه كَسْبُ عَبْدِهِ، فإنه لا يفسخ إن[3] كان هناك مال، ولكن يراجع الحاكم ليسلمه إليه، ولكنه أراد أنه لو لم يرض المُكَاتَبُ إذا أفاق بالعِتْقِ والأَدَاءِ، فإن السَّيِّدِ يفسخ، ويأخذ المَالَ من جهَةِ أنه كَسْبُ عَبْدِهِ، ثم الإِعْتَاقُ بِيَدِهِ لا مَدْفَعَ له، وإذا كان كذلك، فَتَمْكِينُهُ من الأَخْذِ، وعِتْقُهُ من جهة الكتابة أَوْلَى، فقد يفضل شَيْءٌ من أَكْسَابِهِ ويسلم له. وعبارة «الوسيط» تُفْهِمُ ذلك.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الخَامِسُ: المَوْتُ وَتَنْفَسِخُ الكِتَابَةُ بِمَوْتِ العَبْدِ وَإِنْ خَلَّفَ وَفَاءً لِتَعَذُّرِ العِتْقِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا مات المُكَاتَبُ قبل أن يُؤَدِّيَ النُّجُومَ، انْفَسَخَتِ الكِتَابَةُ، ومات رَقِيقاً حتى لا يورث، وتكون أَكْسَابُهُ للسيد، وتَجْهِيزُهُ عليه، لأن مورد العَقْدِ الرَّقَبَةُ، والمقصود مُرْتَقَبٌ فيها، فإذا فاتت كان فَوَاتُهَا كَتَلَفِ المبيع قبل القَبْضِ، ولا فَرْقَ بين أن يخلف وفاءً بالنجوم أولا يخلف، ولا بين أن يكون البَاقِي من النُّجُومِ قَلِيلاً أو كثيراً، وسواء حَطَّ شيئاً، أو لم يحط.

وإن كان الإِيتَاءُ وَاجِباً؛ قال في «الشامل»: لأن الإِيتَاءَ غَيْرُ مَعْلُوم، فلا يسقط به شيء معلوم. وعن نصه في «الأم» ـ رضي الله عنه ـ أنه لو أَحْضَرَ المُكَاتَبُ المَالَ ليدفعه إلى السيد، أو دفع المَالَ إلى رَسُولِهِ؛ لِيُوَصِّلَهُ إليه، فمات قبل أن يَقْبِضَهُ السَّيِّدُ، مات رقيقاً أيضاً.

وأنه لو وَكَّلَ المُكَاتَبُ بدفع النجم الأخير إلى السَّيِّدِ، ومات المكاتب، فقال أولاده الأحرار: إن الوَكِيلَ دَفَعَهُ قبل موته، وإن مات حُراً. وكذبهم السيد فهو

---

(١) في أ: فجعل.
(٢) في ز: كسبت.
(٣) في أ: إذا.

المُصَدَّقُ، فإن أَقَامُوا بَيِّنَةً على الدَّفْعِ يوم الاثنين، وكان قد مات يوم الاثنين، لم يَنْفَعْهُمْ إلاَّ أن يقول الشهود: إنه دفع قبل موته، أو يقولوا: [إنه][1] دفع قبل طُلُوعِ الشمس، ويكون السَّيِّدُ مُقِراً بأنه مات بعد الطُّلُوعِ.

وإنه لو شهد وَكِيلُ المُكَاتَبِ بقبض السيد النجوم[2] قبل موت المُكَاتَبِ لم تقبل شَهَادَتُهُ، ولو شَهِدَ وكيل السيد بقبضه تقبل شَهَادَتُهُ، ووجه ذلك بأن وَكِيلَ المُكَاتَبِ يشهد لموكله فهو مُتَّهَمٌ، ووكيل السيد يشهد على مُوَكِّلِهِ، فهو غير مُتَّهَمٍ.

ولْيُعَلَّمْ قوله في الكتاب: «وإن خلف وفاء» بالحاء والميم، لأن عند أبي حَنِيفَةَ: إذا مات، وخلف وفاء، مات حُرّاً، وإن لم يخلف وفاء، وله وَلَدٌ يَسْتَسْعِي الولد حتى يُؤَدِّيَ النُّجُومَ. وإن لم يكن له وَلَدٌ أيضاً مات رَقِيقاً.

وعن مالك: إن خلف وفاءً، مات حراً، وإلاَّ فإن لم يخلف ولداً أو خلف ولداً حراً، أو مملوكاً [ولو قبل عَقْدِ الكتابة، انفسخت الكِتَابَةُ. وإن خلف وَلَداً مَمْلُوكاً][3] ولد بعد عقد الكتابة كلف[4] أن يُؤَدِّيَ المال الذي كان على أَبِيهِ، فيعتق ويتبعه[5] الوَلَدُ في الحرية. ويحكى عن مذهبهما غَيْرُ هذا التفصيل:

«فروع تَتَعَلَّقُ بالفسخ والانفساخ»:

يحصل الفسخ بقول السَّيِّدِ: فَسَخْتُ الكتابة، ونَقَضْتُهَا، ورَفَعْتُهَا، وأَبْطَلْتُهَا وَعَجَّزْتُ العَبْدَ.

ولو لم يطالبه السَّيِّدُ بعد حُلُولِ النَّجْمِ مُدَّةً، ثم أحضر المُكَاتَبُ المَالَ؛ لم يكن للسيد الامْتِنَاعُ من قَبْضِهِ. وعن نصه في «الأم» ـ رضي الله عنه ـ أنه لو قال بعد التَّعْجِيزِ: قد قررتك على الكتابة؛ لم يكن عليها حتى يُجَدِّدَ له كتابة، وقد مَرَّ في «القراض» ما يقتضي إثْبَاتَ خِلاَفٍ فيه.

ولو تَطَوَّعَ رَجُلٌ بأَدَاءِ مَالِ الكتابة؛ فهل يُجْبَرُ السَّيِّدُ على القبول؟ أو يُمَكَّنُ من الفَسْخِ؟ حكى القاضي ابْنُ كَجٍّ فيه وجهين؛ والذي أَوْرَدَهُ الإِمَامُ ـ رحمه الله، منهما أنه لا يُجْبَرُ، ولو قبل ففي وُقُوعِهِ عن المُكَاتَبِ ـ إذا كان بغير إِذْنِهِ ـ وَجْهَانِ عن رِوَايَةِ صاحب «التقريب»: القياس القَبُولُ.

وإذا مات المكاتب رَقِيقاً، أو فسخ السَّيِّدُ الكِتَابَةَ لعجزه، رُقَّ كُلُّ من يكاتب عليه

---

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط في: ز.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في أ: يخلف.
(٥) في أ: وتبعه.

من وَالِدٍ وَوَلَدٍ، وصاروا جميعاً للسَّيِّدِ، وما في يَدِهِ من المال للسيد، على ما مَرَّ إن لم يكن عليه دَيْنٌ وإن كان[(١)] فسيأتي. إن شاء الله تعالى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرْعٌ: لَوْ كَانَ اسْتَسْخَرَ الْمُكَاتَبَ شَهْراً وَغُرْمَ الأُجْرَةَ فَيَلْزَمُهُ إِنْظَارُ شَهْرٍ بَعْدَ المَحَلِّ فَعَسَاهُ يَكْتَسِبُ مَالاً، وَقِيلَ: لَهُ تَعْجِيزُهُ مِنْ غَيْرِ إِنْظَارٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قَهَرَ السَّيِّدُ المُكَاتَبَ، واسْتَسْخَرَهُ في بعض أَعْمَالِهِ مُدَّةً، فعليه أُجْرَةُ مثله، ثم إذا جاء المَحَلّ، فعليه إِمْهَالُهُ مِثْلَ تلك المُدَّةِ، أو له التَّعْجِيزُ والفسخ؟ فيه قولان:

أحدهما ـ ونظم الكتاب يقتضي تَرْجِيحَهُ ـ أن على السيد أن يُمْهِلَهُ مثل تلك المدة؛ لأن حَقَّ السيد أن يمكنه من الاكتساب، فإذا لم يفعل لم يكن له أن يعتد عليه بتلك المُدَّةِ، وقد يتفق له فتوح في مدة القَهْرِ والحَبْسِ وإن قصرت.

وأصحهما ـ أنه لا يَلْزَمُهُ الإِمْهَالُ[(٢)]، كما إذا حبس مستحق الدَّيْنِ المؤجل مدة [الأجل] لا يلزمه تأخير القضاء بعد المَحَلِّ، وما فوت عليه من المنافع صار مَجْبُوراً بالأُجْرَةِ. ولو حبسه غير السيد؛ فقد حَكَى الإِمَامُ عن العِرَاقِيِّينَ إِجْرَاءَ[(٣)] الخلاف فيه، وفيه طريقان ذكرناهما[(٤)] فيما إذا أسر الكُفَّارُ المُكَاتَبَ مُدَّةً، ثم استنقذ وقوله في الكتاب: «وقيل له تعجيزه من غير إنظار»؛ لفظة «قيل» في وجوه الأصحاب أكثر اسْتِعْمَالاً، والمسألة مَشْهُورَةٌ بالقولين على ما بَيَّنَّا، فليحمل اللفظ عليه.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (المَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ فِي ازْدِحَامِ الدُّيُونِ) وَلَهُ صُوَرٌ: الأُولَى: إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ إِلاَّ لِلسَّيِّدِ وَكَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنُ مُعَامَلَةٍ مَعَ النُّجُومِ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا فِي يَدِهِ بِالدَّيْنِ وَيُعَجِّزَهُ إِذَا لَمْ يَمْلِكْ إِلاَّ مَا يَفِي بِأَحَدِهِمَا، وَإِنْ أَرَادَ تَعْجِيزَهُ قَبْلَ إِخْلاَءِ يَدِهِ عَنِ المَالِ يَأْخُذُهُ بِالدَّيْنِ فَفِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ المَسْأَلَةِ؛ القَوْلُ فيما إذا انْضَمَّتْ إلى النجوم دُيُونٌ على المُكَاتَبِ؛ إما للسيد وَحْدَهُ، أو لغيره، أو لهما؛ وأنها كيف تُؤَدَّى في حال بَقَاءِ الكِتَابَةِ، وبعد ارتفاعها؟

---

(١) سقط في: ز.

(٢) ومقتضاه أنه تجب الأجرة على السيد قطعاً ويجب معها الأنظار مثل تلك المدة على قول، وهو متابع للإمام وهو من مفردات الإمام كما قاله ابن أبي الدم والذي ذكره الأصحاب من الطريقين خلاف ذلك.

(٣) في ز: أجرأ.

(٤) في ز: وجهان ذكراها.

ومقصود الصُّورَةِ الأُولَى القَوْلُ فيما إذا كانت الدُّيُونُ للسيد وَحْدَهُ، وكانت الكتابة بَاقِيَةً؛ فإذا كان للسيد مع النُّجُومِ دَيْنُ معاملة على المكاتب، أو أَرْشُ جِنَايَةٍ عليه، أو على ماله؛ فإن تَرَاضَيَا على تَقْدِيم الدَّيْنِ الآخر وتَأَخُّر النجوم فذاك، وإن تَرَاضَيَا على تقديم النُّجُومِ عُتِقَ ثم الظاهر أن الدَّيْنَ الآخر يسقط، فللسيد مُطَالَبَتُهُ به.

ولو كان ما في يَدِهِ وافياً بالنجوم، ولم يَفِ بالدين الآخر؛ فإن أَدَّاهَا عن النجوم برضا السيد، فالحكم ما بَيَّنَّا، وللسيد أن يَمْنَعَهُ من تَقْدِيمِ النجومِ؛ لأنه لا يَجِدُ مَرْجَعاً لِلدَّيْنِ الآخر، إذا تَقَدَّمت النجوم عُتِقَ؛ فيأخذ ما في يَدِهِ عَنِ الدَّيْنِ، ثم يعجزه.

وهل له تعجيزه قَبْلَ أَخْذِ ما في يَدِهِ؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ لا؛ لأنه قادر على أَدَاءِ النجوم فيما لم يخل يده عنها لا يحصل العَجْزُ. ويُنْسَبُ هذا إلى اختيار الصَّيْدَلاَنِيِّ.

وأوجههما ـ عند الإمام وغيره رحمهم الله ـ نَعَم؛ لأنه يتمكن من مُطَالَبَتِهِ بالدَّيْنَيْنِ معاً وأخذ ما في يَدِهِ عنهما؛ وحينئذ فيعجز عن قِسْطٍ من النجوم.

ولو دَفَعَ المُكَاتَبُ ما في يَدِهِ إلى السَّيِّدِ، ولم يتعرضا للجهة، ثم قال المكاتب: قصدت النُّجُومَ، وأنكر السَّيِّدُ، فعن القَفَّالِ: أن المُصَدَّقَ المُكَاتَبُ. كما لو كان على الرجل دَيْنَانِ، وكان قد رهن بأحدهما، فَأَدَّى، فقال: أردت ذلك الدَّيْن.

وقال الصَّيْدَلاَنِيُّ: ينبغي أن يصدق السيد؛ لأن الاختيار ها هنا إلى السَّيِّدِ، بخلاف سائر الديون.

ولو قال المكاتب: قَصَدْتُ النُّجُومَ، وسلم له السَّيِّدُ قصده، ولكن قال: قَصَدْتُ الدَّيْنَ الآخر؛ فعلى ما ذكره القَفَّالُ: يُحْكَمُ بِقَوْلِ المُكَاتَبِ. وعلى ما ذكره الصَّيْدَلاَنِيُّ: بِقَوْلِ السيد. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الثَّانِيَةُ: أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ لِلأَجَانِبِ دَيْنُ مُعَامَلَةٍ وَأَرْشُ جِنَايَةٍ فَقَوْلاَنِ، النَّصُّ أَنْ يُوَزَّعَ مَا فِي يَدِهِ عَلَيْهِمْ إِنْ ضَاقَ عَنْ جَمِيعِهِمْ، وَالثَّانِي: أَنَّهُ يُقَدَّمُ دَيْنُ المُعَامَلَةِ لِأَنَّ الأَرْشَ لَهُ مُتَعَلِّقٌ بِالرَّقَبَةِ، ثُمَّ الأَرْشُ يُقَدَّمُ عَلَى النُّجُومِ كَمَا يُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ المَالِكِ هَذَا إِذَا كَانَ قَدْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِالْتِمَاسِ الغُرَمَاءِ، فَأَمَّا قَبْلَ الحَجْرِ فَلَهُ أَنْ يُقَدِّمَ مَنْ أَرَادَ مِنْهُم الثَّالِثَةُ: أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ وَعَلَيْهِ أَرْشٌ وَدَيْنُ مُعَامَلَةٍ فَقَدْ سَقَطَ النُّجُومُ وَمَا فِي يَدِهِ يُوَزَّعُ عَلَى الدَّيْنَيْنِ بِالسَّوِيَّةِ، وَقِيلَ: يُقَدَّمُ دَيْنُ المُعَامَلَةِ لِيَرْجِعَ الأَرْشُ إِلَى الرَّقَبَةِ، وَقِيلَ: يُؤَخَّرُ دَيْنُ المُعَامَلَةِ لِأَنَّ صَاحِبَهُ رَضِيَ بِذِمَّتِهِ، ثُمَّ لِمُسْتَحِقِّ الأَرْشِ تَعْجِيزُ المُكَاتَبِ حَتَّى يَبِيعَ رَقَبَتَهُ، فَلَوْ أَرَادَ السَّيِّدُ فِدَاءَهُ لِتَبْقَى الكِتَابَةُ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لاَ يَجِبُ قَبُولُهُ، وَأَمَّا صَاحِبُ دَيْنِ**

الْمُعَامَلَةِ فَلَيْسَ لَهُ التَّعْجِيزُ إِذْ لاَ يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِالرَّقَبَةِ، وَلَوْ كَانَ لِلسَّيِّدِ دَيْنُ مُعَامَلَةٍ فَلاَ يُضَارِبُ الغُرَمَاء بِالنَّجْمِ وَيُضَارِبُ بِدَيْنِ الْمُعَامَلَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا اجتمع على المُكَاتَبِ النُّجُومُ وَدُيُونُ المُعَامَلاَتِ؛ كالأثمان، والقروض، وأَرْشِ الجِنَايَاتِ؛ إما للسيد، أو لغيره، أو لهما؛ فهو كالحُرِّ في الحَجْرِ عليه، وقسمة ماله بين أَرْبَابِ الديون.

وهل يَحلُّ بالحَجْرِ عليه الدُّيُون المؤجلة؟ فيه طريقان:

أظهرهما: أن فيه قَوْلَيْنِ، كما ذكرنا في الحُرِّ إذا أَفْلَسَ.

والثاني: القَطْعُ بالحُلُولِ؛ لأن ها هنا يجتمع الحَجْرُ والرِّقُّ، وللرِّقِّ أَثَرٌ ظاهر في إبطال الأَجَلِ.

ألا ترى أن الشَّافِعِيَّ ـ رضي الله عنه ـ قال: إذا اسْترقَّ الحَرْبِيُّ، وعليه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ يحل الأَجَل، فإن حَلَّتْ، فَيُقَسَّمُ المال على الجميع، وإلاَّ فعلى الدُّيُونِ الحالة.

إذا عرف ذلك فإن كان ما في يَدِ المكاتب وَافِياً بما عليه من الدُّيُونِ، وفيت جميعاً، وإلا فإن لم يُحْجَرْ عليه بعد لعدم التماس الغرماء أو غيره فله تقديم ما شاء من النجوم وغيرها كالحُرِّ المُعْسِرِ يقدم ما شاء من الدُّيُونِ. وله تَعْجِيلُ النجوم قبل المَحَلِّ، ولا يجوز تَعْجِيلُ الديون المُؤَجَّلَةِ لغير السَّيِّدِ بغير إِذْنِهِ وفي جوازه بالإِذْنِ الخِلاَفُ في تَبَرُّعَاتِ المُكَاتَبِ بإذن السَّيِّدِ، وفي معناه ما إذا عجل سائر الديون للسَّيِّدِ.

ومنهم من أجرى الخِلاَفَ في تعجيل النجوم، وكذلك أَوْرَدَهُ القاضي الرُّويَانِيُّ، وقال: هو بمنزلة الهِبَةِ: بإِذْنِهِ، وفيه قولان؛ إلاَّ أنه لا يؤدي مال الكتابة من العبد الجاني؛ لأن الأَرْشَ مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهِ، وهو مُرْتَهِنٌ به.

وإذا أدى النجوم عُتِقَ، ويبقى دَيْنُ الأَجَانِب عليه.

قال في «الشامل»: ولا يجيء فيه الخِلاَفُ في إِعْتَاقِ العَبْدِ الجاني؛ لأن العِتْقَ يحصل بالصِّفَةِ السَّابِقَةِ على الجِنَايَةِ؛ فهو كما لو عَلَّقَ عِتْقَ عَبْدِهِ بصفة، ثم جنى، فإن الجِنَايَةَ لا تمنع حُصُولَ العِتْقِ بِمُقْتَضَىٰ التَّعْلِيقِ السابق بلا خلاف، والأولى أن يُقَدِّمَ دَيْنَ المُعَامَلَةِ؛ فإن فَضَلَ شَيْءٌ جعله في الأَرْشِ، فإن فَضَلَ شَيْءٌ صَرَفَهُ إلى النجوم.

وسيظهر وَجْهُ هذا الترتيب.

وإن حَجَرَ الحاكم عليه، تَوَلَّى قِسْمَةَ ما في يَدِهِ، وفي كيفية القِسْمَةِ وجهان ـ ويقال قولان ـ:

أحدهما ـ وهو ظاهر نَصِّهِ في «المختصر» ـ أنه يُقَسِّمُهُ على أَقْدَارِ الدُّيُونِ، ولا

يُقَدِّمُ بَعْضَهَا على بعض؛ لأن جَمِيعَ الدُّيُونِ مُتَعَلِّقَةٌ بما في يَدِهِ؛ ألا ترى أن ما انْفَرَدَ منها يَتَعَلَّقُ به؟ وهذا ما أَوْرَدَهُ في «التهذيب»، ويحكى عن أبي إِسْحَاقَ، واختيار صاحب «التقريب».

وأصحهما: وبه قال ابن أبي هُرَيْرَةَ، والقَفَّالُ، وهو الذي أَوْرَدَهُ القاضي ابن كَجٍّ ـ أنه يُقَدِّمُ دَيْنَ المُعَامَلَةِ؛ لأنه يَتَعَلَّقُ بما في يَدِهِ لا غير، ولِأَرْشِ الجناية مُتَعَلَّقٌ آخر، وهو الرَّقَبَةُ، وكذلك حَقُّ السَّيِّدِ بتقدير العَجْزِ يعود إلى الرَّقَبَةِ، ويسوى بين الأَثْمَانِ والقُرُوضِ، ثم يُقَدِّمُ أَرْشَ الجناية على النجوم؛ لأن الأَرْشَ مُسْتَقِرٌّ، والنجوم عُرْضَةُ السُّقُوطِ، إذا شاء المُكَاتَبُ، ولأن حَقَّ المجني عليه يُقَدَّمُ على حَقِّ المالك في القِنِّ؛ فكذلك في المُكَاتَبِ.

وعن القاضي أبي الطَّيِّبِ: أنه لا يَخْتَلِفُ الأَصْحَابُ في أن ذلك مذهب الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وحَمَلُوا ما في «المختصر» على ما إذا رَضِيَا جَمِيعاً بالتَّسْوِيَة وقوله في الكتاب: «إذا ضاق عن جميعهم» يشير إلى أن مَوْضِعَ الخِلاَفِ ما إذا لم يَفِ ما في يَدِهِ بالدُّيُونِ جميعاً، فإن وَفَى فيؤدى[1] الكل.

وقوله: [هنا][2] كان قد حُجِرَ عليه بالْتِمَاسِ الغُرَمَاءِ»؛ يعني المُسْتَحِقِّينَ للديون سوى السيد؛ فإنه صور فيما إذا كانت الديون للأجانب.

وقد ذكر في «الشامل» أنه لا يُحْجَرُ عليه بالْتِمَاسِ السيد النُّجُومَ؛ لأنها غير مُسْتَقِرَّةٍ، والعَبْدُ مُتَمَكِّنٌ من إِسْقَاطِهَا. ثم في الفصل صُوَرٌ:

إحداها: إذا عَجَزَ المُكَاتَبُ نَفْسَهُ، سقطت النُّجُومُ، وفي دَيْنِ المعاملة للسيد وَجْهَانِ، الذي ذكره الإِمَامُ منهما: أنه يسقط أيضاً، ويَصْرِفُ ما في يَدِهِ إلى دُيُونِ الأجانب من المُعَامَلاَتِ والأَرْشِ، فإن لم يَفِ بالنَّوْعَيْنِ؛ ففيه ثلاثة أوجه:

أرجحها: عند الشيخ أبي مُحَمَّدٍ، وصاحب الكتاب وغيرهما ـ رحمهم الله ـ أنه يُسَوِّى بينهما.

والثاني: تقديم دَيْنِ المُعَامَلَةِ؛ لأن لِلأَرْشِ مُتَعَلَّقاً آخَرَ، وهو الرَّقَبَةُ، وقضية ما قدمنا تَرْجِيحُ الوَجْهِ، وقد وفى الإمام بهذه القضية[3].

والثالث: عن صاحب «التقريب»: تقديم دَيْنِ الأَرْشِ؛ لأنها تَثْبُتُ من غير رضا أَرْبَابِهَا، وفي دُيُونِ المُعَامَلَةِ قد رَضِيَ أَرْبَابُهَا بِذِمَّتِهِ.

---

(١) في أ: يؤدي. (٢) سقط في: ز.
(٣) في أ: الصفة.

قال الإمام: وهذا المعنى يَقْتَضِي طَرْدَ الوَجْهِ الثالث قبل التعجيز، وما يبقى من دَيْنِ المعاملة يُتْبَعُ به بعد العِتْقِ، وما يبقى من الأَرْشِ يَتَعَلَّقُ بالرَّقَبَةِ، فيباع فيه.

ولو مات المُكَاتَبُ قبل أن يقسم ما في يَدِهِ انْفَسَخَتِ الكتابة، وسقطت النُّجُومُ وذكر جماعة ـ منهم صاحب «الشامل»، ويحكى عن ابن سُرَيْجٍ ـ أن أُرُوشَ الجِنَايَاتِ تسقط أيضاً؛ لأنها تَتَعَلَّقُ بالرَّقَبَةِ، وقد تَلِفَتْ، وتتعلق بما في يَدِهِ أيضاً بِحُكْمِ الكتابة، فإذا انْفَسَخَتِ الكِتَابَةُ بطل ذلك التَّعْلِيقُ أيضاً، فعلى هذا يَتَعَيَّنُ صَرْفُ ما خلفه إلى دُيُونِ المُعَامَلاَتِ، وأبقى مُبْقُونَ الأَرْشَ وتَعَلُّقَهَا بالمال.

وعلى ذلك جَرَىٰ الصَّيْدَلاَنِيُّ، والإمام، وصاحب «التهذيب» ـ رحمهم الله ـ وعلى هذا؛ فإن سَوَّيْنَا [في][1] صورة التَّعْجِيزِ، فها هنا أَوْلَىٰ.

وعلى الوجه المنقول[2] عن صاحب «التقريب»: تَقْدِيمُ الأَرْشِ.

وإن قلنا هناك: [يقدم][3] دين المُعَامَلَةِ؛ فها هنا وجهان:

أحدهما: أن الجَوَابَ كذلك؛ استِصْحَاباً لما كان في حال الحَيَاةِ.

وأظهرهما: التَّسْوِيَةُ؛ لأن الدَّيْنَيْنِ متعلقان بما خَلَّفَهُ، وتَأَخُّرُ الأَرْشِ في الحياة كان لِتَوَقُّعِ تَوْفِيرِهِ من الرَّقَبَةِ، وقد بَطَلَ ذلك التَّوَقُّعُ.

الثانية: إذا لم يكن في يَدِ المُكَاتَبِ مَالٌ، أو قسم الموجود إما على الديون جَمِيعاً بالتَّسْوِيَةِ، أو على التَّقْدِيمِ والترتيب، وبقيت النجوم أو بَعْضُهَا؛ فللسيد تَعْجِيزُهُ وَرَدُّهُ إلى الرِّقِّ.

إن بقيت الأُرُوشُ، أو بعضها، فَلِمُسْتَحِقِّ الأَرْشِ الباقي تَعْجِيزُهُ أيضاً لتباع رَقَبَتُهُ في حَقِّهِ، ولا يُعَجِّزُهُ بنفسه؛ لأنه لم يعقد حتى يفسخ، ولكن يَرْفَعُ الأَمْرَ إلى الحاكم حتى يُعَجِّزَهُ. صرح الأصحاب بهذا.

وقال الإِمَامُ: ظاهر كَلاَمِهِمْ أنه يُعَجِّزُهُ بِنَفْسِهِ والوَجْهُ: الرفع إلى القَاضي.

فلو[4] أراد السَّيِّدُ أن يَفْدِيَهُ، وتبقى الكِتَابَةُ؛ فهل يَمْتَنِعُ على مستحق الأرش التَّعْجِيزُ؟ وهل يجب عليه قَبُولُ الفِدَاءِ؟

قال الإمام: فيه احْتِمَالٌ مُتَلَقًّى من قول الأَصْحَابِ: يجوز أن يقال: لا، لأن السَّيِّدَ إنما يَفْدِي إذا تَعَلَّقَ الأَرْشُ بالرَّقَبَةِ، وهذا لا يَتَحَقَّقُ ما دامت الكِتَابَةُ بَاقِيَةً. وليست الكتابة كالاسْتِيلاَدِ حتى يجعل السيد مَانِعاً لها، كما يجعل مَانِعاً بالاسْتِيلاَدِ.

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: المذكور.

(٣) في ز: تقديم.

(٤) في ز: فإن.

ويجوز أن يقال: نعم؛ لأنه رَقِيقُ السَّيِّدِ، وله غَرَضٌ في تمام العتاقَةِ، وفي استبقائه لنفسه إن لم يتم، فيتمكن[١] من الفِدَاءِ. والأول أصح عند الإِمَامِ، وتابعه[٢] صَاحِبُ الكتاب.

[والثاني نعم][٣] وهو الذي يُوجَدُ لسائر الأَئِمَّةِ ـ رحمهم الله ـ، وأما صاحب دَيْنِ المُعَامَلَةِ، فليس له التَّعْجِيزُ؛ لأن حَقَّهُ لا يَتَعَلَّقُ بالرَّقَبَةِ على ما سنذكر إن شاء الله تعالى.

ولو أَمْهَلَهُ السيد، ومُسْتَحِقُّ الأُرُوشِ، ثم بدا لِبَعْضِهِمْ، وأراد التَّعْجِيزَ، فله ذلك، خِلافاً لأبي حنيفة ومالك ـ رحمهما الله ـ.

وإذا تَحَقَّقَ التَّعْجِيزُ، سقطت النُّجُومُ، ويُبَاعُ في أَرْشِ الجناية، إلاَّ أن يَفْدِيَهُ السَّيِّدُ.

ودَيْنُ المُعَامَلَةِ لا يَتَعَلَّقُ بالرقبة، ولا يُبَاعُ فيه، خلافاً لأبي حَنِيفَةَ حيث قال: متعلقه بالرَّقَبَةِ، كما قال: يَتَعَلَّقُ دُيُونُ المعاملة بِرَقَبَةِ العبد المَأْذُونِ.

وعن رواية صاحب «التقريب» وجه مثله؛ فيجوز أن يُعَلَّمَ لذلك. قوله في الكتاب: «ألاَّ يتعلق حقه بالرقبة»؛ بالحاء والواو. وقضية الوَجْهِ المذكور أن يُمَكَّنَ صَاحِبُ دَيْنِ المعاملة من التَّعْجِيزِ، وأن يسوى بين دَيْنِ المعاملة، والأَرْشِ في الحياة.

الثالثة: عرفت أن الأَظْهَرَ أن دُيُونَ الأجانب مُقَدَّمَةٌ على النجوم، فلا يُضَارِبُ السَّيِّدُ معهم بالنجوم، إذا لم يَفِ ما في يَدِ المُكَاتَبِ بالجميع. وهل يُضَارِبُ بِمَالِهِ من دَيْنِ المعاملة؟ فيه وجهان:

أشبههما: وهو المَذْكُورُ في الكتاب ـ نعم؛ لأنه إذا سَقَطَ لم يَكُنْ له بَدَلٌ كَدُيُونِ الغُرَمَاءِ، بخلاف النَّجْمِ؛ فإنه إذا سَقَطَ عَادَ السَّيِّدُ إلى الرَّقَبَةِ.

والثاني: لا؛ لأن دُيُونَ السَّيِّدِ ضَعِيفَةٌ، فإنها عُرْضَةٌ للسقوط بالتعجيز. هكذا وجه الإمام، وذَكَرَ في غير هَذَا المَوْضِعِ أن ما كان للسَّيِّدِ من دَيْنِ مُعَامَلَةٍ يسقط بالتعجيز.

ونقل صاحب «التهذيب» فيه وجهين؛ فإذا[٤] لم يسقط فَيُحَاصّ السَّيِّدُ الغُرَمَاءَ فيما كان في يَدِهِ. وأمّا ما للسيد من أَرْشِ جِنَايَةٍ على المُكَاتَبِ، ففي كتاب القاضي ابن كَجٍّ أن السَّيِّدَ والأَجْنَبِيَّ يَسْتَوِيَانِ فيه في دَوَامِ الكتابة.

وأما [ما][٥] بعد التعجيز، فَيُبَاعُ في أَرْشِ الجِنَايَةِ على الأجنبي، ويسقط ما كان للسَّيِّدِ؛ لأنه صار مِلْكاً له، ولا يَثْبُتُ للسيد على عَبْدِهِ أَرْشُ جِنَايَةٍ، ويجوز أن يُفْرَضَ

---

(١) في ز: فيمكن.
(٢) في ز: وتبعه.
(٣) في ز: الثاني. صح.
(٤) في أ: فإن.
(٥) سقط في: ز.

فيه خلاف. وقوله في الكتاب: «فلا يُضارِب الغُرَمَاء بالنجم»؛ يجوز أن يُعَلَّم بالواو لما تَقَدَّمَ أن على قَوْلٍ أو وَجْهٍ يُوَزَّع ما في يَدِهِ على النجوم وغيرها.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْمَسْأَلَةُ الخَامِسَةُ:) إِذَا كَاتَبَا عَبْداً فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَنْفَرِدَ بِقَبْضِ نَصِيبِ نَفْسِهِ لِأَنَّ كُلَّ مَا فِي يَدِ العَبْدِ كَالمُشْتَرَكِ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَى أَحَدِهِمَا جَمِيعَ النُّجُومِ لَمْ يُعْتَقْ مِنْهُ شَيْءٌ، وَقِيلَ يُعْتَقُ نَصِيبُ القَابِضِ، وَلَوْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِتَقْدِيمِ الآخَرِ بِنَصِيبِهِ فَقَبَضَ فَهَلْ يُعْتَقُ نَصِيبُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا كان بَيْنَ اثْنَيْنِ عَبْدٌ بالسَّوِيَّةِ[1]، فَكَاتَبَاهُ معاً، لم يكن للمُكَاتَبِ أن يُفَضِّلَ أَحَدَهُمَا على الآخر في قَدْرِ المَدْفُوعِ، ولا أن يُقَدِّمَ أَحَدَهُمَا على الآخر؛ لأن أَكْسَابَهُ مُشْتَرَكَةٌ بينهما؛ فإن دَفَعَ إلى أحدهما تَمَامَ حِصَّتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ الآخَرِ، لم يُعْتَقْ منه شَيْءٌ؛ لأن نِصْفَ المَأْخُوذ لشريكه، ويجيء فيه وَجْهٌ ضَعِيفٌ قد سَبَقَ.

وإن دفع إليه [قبل][2] تمام النجوم، فكذلك.

وحكى الإِمَامُ وَجْهاً: أنه يُعْتَقُ نَصِيبُ القَابِضِ؛ لأنه لا يَلْزَمُهُ رَفْعُ اليَدِ، إلاَّ عن نِصْفِ المَقْبُوضِ، فليستقر مِلْكُهُ في نِصْفِ المقبوض، ولا خلاف أن لِلشَّرِيكِ الآخَرِ أَخْذَ حِصَّتِهِ مما قَبَضَ، ولا في أنه إذا قَبَضَ أَحَدُهُمَا جَمِيعَ النجوم بإِذْنِ الآخر عُتِقَ العَبْدُ.

وإن دفع إلى أحدهما حِصَّتَهُ من مَالِ الكِتَابَةِ بِإِذْنِ الآخَرِ، ورِضَاهُ بتقديمه؛ ففي صِحَّةِ القَبْضِ قولان؛ وقال صَاحِبُ الكتاب: وجهان:

أصحهما: على ما قاله الرُّويَانِيُّ في «الحلية»، وهو اختيار المُزَنِيِّ: أنه لا يَصِحُّ؛ لأن حَقَّهُ ما في ذِمَّةِ المُكَاتَبِ، وما في يَدِهِ مِلْكُهُ، فلا أَثَرَ لِلإِذْنِ فيه، ولأنه لو جَاءَ بِالمَالِ ليعطيهما، فَرَضِيَ أَحَدُهُمَا بأن يَزِنَ للآخر أَوَّلاً، ففعل وأقبضه؛ لم يُعْتَقْ حتى يَزِنَ للآخر.

ولو هَلَكَ الباقي قبل أن يَدْفَعَهُ إلى الثاني، كان المَدْفُوعُ إلى الأَوَّلِ بينهما؛ فكذلك ها هنا.

والثاني: يَصِحُّ، لأن الحَقَّ لا يَعْدُوهُمْ، وقد اتَّفَقُوا عليه.

ويروى عن أبي حَنِيفَةَ مِثْلُ القولين.

وفي طريقة الصَّيْدَلاَنِيِّ أن من الأصحاب من بَنَى القَوْلَيْنِ، على أنه: هل يجوز أن يُكَاتِبَ أَحَدُ الشريكين نَصِيبَهُ بِإِذْنِ الآخَرِ؟

إن جَوَّزْنَاهُ صَحَّ القَبْضُ، وإلاَّ فَلاَ.

---

(١) في ز: بالتسوية.

(٢) سقط في: ز.

وذكر غيره أنهما مَبْنِيَّانِ على أن المُكَاتَبَ: هل تنفذ تَبَرُّعَاتُهُ بِإِذْنِ السيد؛ لأن هذا التقديم[1] تبرع.

وتعرف الشيخ أبو محمد في «السلسلة» لِلْبَابَيْنِ جميعاً؛ فإن قلنا: لا يصح القَبْضُ، لم يُعْتَقْ نَصِيبُ القَابِضِ، ولِلآذِنِ طَلَبَ حِصَّتِهِ من المَقْبُوضِ، ثم إن أَدَّى العَبْدُ الباقي عُتِقَ عليهما، وإلاَّ فَلَهُمَا التَّعْجِيزُ.

فإن قلنا: يصح القَبْضُ اسْتَبَدَّ القَابِضُ بما قَبَضَهُ، وعُتِقَ نَصِيبُهُ، ثم إن كان مُعْسِراً، لم يُعْتَقْ نصيب الآخر عليه، ولكن إن كان في يَدِ المُكَاتَبِ ما يفي بنصيب الآخَرِ وأداه عتق نصيبه أيضاً وإلاَّ فللآخر تَعْجِيزُهُ.

وإن كان الَّذِي قَبَضَ حِصَّتَهُ مُوسِراً قُوِّمَ عليه نَصِيبُ الشريك، ومتى يُقَوَّمُ في الحال، أو عند التَّعْجِيزِ عن نصيب الشريك؟

فيه القولان المَذْكُورَانِ من قَبْلُ، فيما إذا أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ.

فإن قلنا بالتَّقْوِيم في الحَالِ، فجميع ما في يَدِ العَبْدِ للشريك الآذِنِ[2]؛ لحصوله في حال تَفَارُقِهِ واستيفاءَ[3] الأول نصيبه.

وإن قلنا بالتَّقْوِيم عند العَجْزِ، فما اكْتَسَبَهُ إلى أن يُعْتَقَ نِصْفُهُ يكون للشريك الآذِنِ، وما اكْتَسَبَهُ بعد ذلك يكون بَيْنَ المُكَاتَبِ والشريك الآذِنِ؛ لأنه اكْتَسَبَهُ بنصفه الحُرِّ، ونِصْفِهِ المكاتب.

وإن مات قبل الأَدَاءِ والتَّعْجِيز، فعلى ما سَبَقَ هناك.

هذا ما يوجد لأكثر النَّاقِلِينَ ـ رحمهم الله ـ.

وسلك الإِمَامُ ـ رحمه الله ـ طَرِيقَةً أُخْرَى فقال: إن كان في يَدِهِ وفاء بنصيب الشريك الآذن، فالذي رَأَيْتُهُ للأصحاب ـ رحمهم الله ـ القَطْعُ بأنه لا سِرَايَةَ.

قال في «الوسيط»: ولا نقول بِعِتْقِ نَصِيبِهِ، بل يؤدى نصيب الآذِنِ فإذا أدَّى عُتِقَ عليهما، وإن عَجَزَ عن أَدَاءِ نَصِيبِ الآذن؛ فقد حُكِيَ عن ابن سُرَيْجٍ: أنه لا يُشَارِكُ القَابِض فيما قَبَضَ؛ لأنه لما قدمه فقد رَضِيَ بِبَقَاءِ حَقِّهِ في ذِمَّةِ المُكَاتَبِ، فعلى هذا

---

(١) في أ: التقويم.

(٢) قال في الخادم: كذا وقع في أكثر نسخ الرافعي وهو سهو، أما قوله: «فجميع ما في يده يكون للشريك الآذن» فغلط بل الذي يأخذ منه النصف وبذلك قطع الأصحاب منهم القاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ وغيرهم ثم ساق عبارتهم.

(٣) في ز: استبقاء.

يُعْتَقُ نَصِيبُ القابض [و]في السِّرَايَةِ ما ذكره الأكْثَرُونَ ـ وعن غيره ـ رحمهم الله ـ: أن الآذِنَ يُشَارِكُ القَابِضَ؛ لأن ما قَبَضَهُ كَسْبُ عبدهما[1]، وإنما تَبَرَّعَ الآذن بالتقديم، لا بالتمليك، فلا يَخْلُصُ له المَقْبُوضُ؛ فعلى هذا لهما تعجيزه وإرقاقه والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (فَرْعٌ:) لَوِ ادَّعَىٰ أَنَّهُ وَفَّاهُمَا النُّجُومَ فَصَدَّقَ أَحَدُهُمَا وكَذَّبَ الآخَرُ وَحَلَفَ فَلَهُ أَنْ يُشَارِكَ المُصَدِّقِ فِيمَا أَقَرَّ بِقَبْضِهِ، وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَ المُكَاتَبَ إِنْ شَاءَ بِتَمَامِ نَصِيبِهِ، ثُمَّ لاَ يَرْجِعُ المُصَدِّقُ عَلَى المُكَاتَبِ فِيمَا أَخَذَ مِنْهُ وَلاَ المُكَاتَبُ عَلَى المُصَدِّقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد مَرَّ أن الشَّرِيكَيْنِ إذا كَاتَبَا عَبْدَهُمَا المُشْتَرَكَ، فَادَّعى أنه وَفَّاهُمَا النُّجومَ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا، وكَذَّبَهُ الآخَرُ، أن المُكَذِّبَ مُصَدَّقٌ بِيَمِينِهِ، فإذا حَلَفَ نَفَذَتِ الكِتَابَةُ في نصيبه، وهو بالخِيَارِ بين أن يشارك المُصَدِّق، فما أقر بِقَبْضِهِ فَيَأْخُذُ نِصْفَهُ، ويطالب العبد بالباقي، وبين أن يُطَالب [المكاتب][2] بتمام نصيبه؛ لأن كَسْبَهُ مُتَعَلِّقُ حَقِّهِمَا بالشركة، فله أن يُشَارِكَ المُصَدّق فيما أخذه.

وذكر القاضي ابْنُ كَجٍّ أن هذا التخيير مَبْنِيٌّ عند بعض الأَصْحَابِ على أنه لا يجوز أن يَنْفَرِدَ أَحَدُ الشريكين بكتابة نَصِيبِهِ.

فأما إذا جَوَّزْنَاهُ، فلا يأخذ من الشريك شيئاً، وإنما يطالب المُكَاتَب بتمام حِصَّتِهِ، وهذا يُرَخص في إِعْلاَمِ قوله في الكتاب: «فله أن يشارك المصدق» بالواو.

الظاهر ثُبُوتُ التخيير[3] على القولين؛ لأنا ـ وإن جَوَّزْنَا انْفِرَادَ أحدهما بالكتابة ـ فإذا كَاتَبَا معاً، فَلَيْسَ لأحدهما أن يَنْفَرِدَ بأخذ شَيْءٍ من كسبه.

قال ابن الصَّبَّاغِ: وإِنْكَارُهُ قَبْضَ الشَّرِيكِ لا يمنعه من الرُّجُوعِ عليه؛ لأنه أَقَرَّ بالقبض، وربما قَبَضَ، وهو لا يَعْلَمُ.

ثم إذا أخذ المُكَذِّبُ حصَّتَهُ منهما، أو من العَبْدِ وَحْدَهُ، عُتِقَ بَاقِيهِ، ولا يرجع المصدق إن أخذ منهما بِشَيْءٍ على العَبْدِ؛ لاعترافه بأنه مَظْلُومٌ ولا يرجع المَظْلُومُ على غير[4] ظالمه. وكذلك لا يرجع العَبْدُ على المُصَدِّقِ بما يأخذ منه، ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ المُصَدِّقِ على المُكَذِّبِ؛ لأنه مُتَّهَمٌ بِدَفْعِ مُشَارَكَتِهِ فيما أخذ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: المَسْأَلَةُ السَّادِسَةُ: لَوْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ بِشَرْطِ أَنْ يَتَكَفَّلَ أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِ الآخَرِ فَسَدَ العَقْدُ، وَلَوْ تَكَفَّلَ بِغَيْرِ شَرْطٍ لَمْ يَصِحَّ لِأَنَّ النُّجُومَ لَيْسَتْ بِلاَزِمَةٍ فَكَيْفَ

---

(١) في أ: عندها.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في أ: الخلاف.
(٤) في ز: وعلى.

تُضمَنُ، وَلَوْ تَبَرَّعَ أَحَدُهُمَا بِتَسْلِيمِ نُجُومِ الثَّانِي وقُلْنَا: لاَ يَجُوزُ التَّبَرُّعُ مَعَ الإِذْنِ فَلِلْمُؤَدِّي أَنْ يَسْتَرِدَّ قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ، وَالنَّصُّ أَنَّهُ لاَ يَسْتَرِدُّ بَعْدَ العِتْقِ وَنَصَّ أَنَّهُ لَوْ عَفَا عَنْ أَرْشِ جِنَايَةٍ ثَبَتَ لَهُ عَلَى السَّيِّدِ وَقُلْنَا: لا يَصِحُ فَلَهُ طَلَبُهُ بَعْدَ العِتْقِ، وَقِيلَ فِي المَسْأَلَةِ قَوْلاَنِ مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنَّ تَبَرُّعَ المُفْلِسِ إِذَا لَمْ يَنفُذْ لِأَجْلِ الدَّيْنِ، فَلَوْ سَقَطَ الدَّيْنُ بِالإِبْرَاءِ فَهَلْ يَنفُذُ الآنَ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا كَاتَبَ عَبْدَيْنِ فَصَاعِداً، وشرط أن يَتَكَفَّلَ بعضهم عن بعض بالنجوم، فَسَدَتِ الكِتَابَةُ؛ لأنه شَرْطٌ فَاسِدٌ، فإن مَالَ الكتابة غَيْرُ لاَزِمٍ، وضَمَانُهُ غير صحيح. ولو ضَمِنَ بَعْضُهُمْ عن بعض بغير شَرْطٍ، لم يَصِحَّ.

وحكى القاضي ابْنُ كَجٍّ قَوْلاً آخر: أن الكِتَابَةَ لا تَفْسدُ بالشرط المذكور، ونَسَبَهُ الإمام إلى القديم، وَوَجَّهَهُ بأن هذا الضَّمَانَ من مَصْلَحَةِ العَقْدِ، فإن السَّيِّدَ قد يُرِيدُ ارْتِبَاطَ بعضهم ببعض، فيتعاونوا على الاكْتِسَابِ، فلا يَفْسَدُ العَقْدُ [باشتراطه][1]، ويَصِحُّ ضَمَانُ بعضهم عن بَعْض في هذه الصورة؛ لِلْحَاجَةِ والمَصْلَحَةِ كضمان الدَّرَكِ[2].

والظاهر الأول.

وكذلك لو كاتب عَبْدَهُ بشرط أن يَضْمَنَ عنه فُلاَنٌ؛ لم تَصِحَّ الكِتَابَةُ ولْيُعَلَّمْ للقول الذي نَقَلْنَاهُ قَوْلُهُ في الكتاب: «فسد العقد» بالواو، ويجوز أن يُعَلَّمَ بالحاء والميم أيضاً؛ لأن عن أبي حَنِيفَةَ، ومالك ـ رحمهما الله ـ أنه إذا كَاتَبَ عَبْدَيْنِ فَصَاعِداً وكل واحد منهم ضَامِنٌ عن الآخر، وإن لم يوجد تَصْرِيحٌ بالضَّمَانِ على كُلِّ واحد أداء الجميع إذا طالبه السَّيِّدُ، فإذا أَدَّى عُتِقُوا، ورجع على أَصْحَابِهِ بِحِصَصِهِمْ.

وعن مالك: أنه إذا امْتَنَع بَعْضُهُمْ عن الاكْتِسَابِ، كان للآخرين إِجْبَارُهُ، وأنه لو أَعْتَقَ السَّيِّدُ أَحَدَهُمْ، وهو غير كَسُوبٍ لم يَنْفُذْ عِتْقُهُ؛ لأن فيه إِضْرَاراً بالآخرين.

وإذا ثبت التَّضَامُنُ من غَيْرِ شرط، فعند الاشتراط أَوْلَى.

واحتج الأَصْحَابُ ـ رحمهم الله ـ بأن الكِتَابَةَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، فإذا كان في أحد طَرَفَيْهَا أَكْثَرُ من وَاحِدٍ، لم يلزمه عند الإِطْلاَقِ جَمِيعُ المال كالبيع وغيره.

ولو أَدَّى بعض المُكَاتِبِينَ عن بَعْضٍ، بلا شَرْطٍ ولا ضَمَانٍ، أو كاتب عَبْدَيْنِ في عَقْدَيْنِ، فَأَدَّى أحدهما عن الآخر، نُظِرَ:

إن أَدَّى بَعْدَ ما عُتِقَ جاز، فإن أَدَاءَ الدَّيْنِ عن الغُرَمَاءِ جَائِزٌ، ثم إن أَدَّى بإذنه رَجَعَ

---

(١) في ز: إشراطه.
(٢) سقط في: ز.

عليه، وإلاَّ فَلاَ. وإن أَدَّى قبل العِتْقِ، فهو تَبَرُّعٌ، وتَبَرُّعُ المُكَاتَبِ بغير إِذْنِ سَيِّدِهِ غير جائز، وبإِذْنِهِ فيه قولان؛ يأتيان من بَعْدُ إن شاء الله تعالى.

فإن لم يعلم السيد بأنه يُؤَدِّي عن غَيْرِهِ، بأن ظَنَّ أنه كَسْبُ المُؤَدَّى عنه، وأنه يُؤَدِّيهِ بإِذْنِهِ، فهو تَبَرُّعٌ بغير إِذْنِ السيد، وإن علم الحال فوجهان:

أظهرهما: أنه تَبَرُّعٌ بالإِذْنِ، وأخذه عن عِلْمٍ بالحال قَائِمٌ مقام صريح الإِذْنِ.

والثاني: ـ وهو اختيار صاحب «التهذيب» ـ أنه لا يجعل ذلك إِذْناً، بل لا بد من التَّصْرِيحِ بالإِذْنِ، فإن صَحَّحْنَا الأَدَاءَ لم يرجع المُؤَدِّي على السَّيِّدِ، ويرجع على المُؤَدَّى عَنْهُ إن أَدَّى بإِذْنِهِ، ولا يرجع إن أدى بغير إِذْنِهِ.

وإذا ثبت له الرُّجُوعُ عليه ـ بأن كان قد عُتِقَ ـ فذلك، وإلاَّ فَيَأْخُذُهُ مما في يَدِهِ، وَيُقدم على النجوم؛ لأنه لا [بَدَلَ][1] له، ولِحَقِّ السيد بَدَلٌ عند العُذْرِ، وهو رَقَبَةُ العبد، ولأن دَيْنَ الرَّاجِعِ لاَزِمٌ لا يمكن إِسْقاطه، والنجوم يمكن إِسْقَاطُهَا، بأن يعجز المكاتب نفسه.

وإن لم نصحح الأَدَاءَ، فلا رُجُوعَ للمؤدي على المُؤَدَّى عنه، ولكنه[2] يَسْتَرِدُّ من السيد مَا دَفَعَهُ إليه ما لم يُعْتَقْ، والسيد يُطَالِبُ المؤدى عنه بما عليه، فإن حَلَّ نَجْمٌ على المُؤَدِّي وَقَعَ في التَّقَاصِ، وإن لم يَسْتَرِدَّ من السيد، حتى أَدَّى النُّجُومَ، وعتق، فالنَّصُ أنه لا يَسْتَرِدُّ حينئذ، ونَصَّ فيما إذا جَنَى السَّيِّدُ على مُكَاتَبِهِ، فعفا عن الأَرْشِ الثَّابِتِ له على السيد، وأَبْطَلْنَا العَفْوَ، بِنَاءً على رَدِّ تَبَرُّعَاتِهِ، ثم عتق أن له أَخْذَ الأَرْشِ.

فقال أَكْثَرُ الأَصْحَابِ: في الصورتين قولان، وأطلق مُطْلِقُونَ في المسألة وجهين من غير تَعَرُّضٍ لِلنَّصَّيْنِ:

أحدهما: لا يأخذ شَيْئاً؛ لأن المَانِعَ من صِحَّةِ تَبَرُّعِهِ الرِّقُّ، وخوف فوات العتق، وقد ارتفع هذا المَانِعُ.

والثاني: يأخذ؛ لأن أَدَاءَهُ وعَفْوَهُ لم يَصِحَّ حينئذ، فلا يَنْقَلِبُ صحيحاً بزوال الرِّقِّ، وبنى الخلاف على القولين في تَصَرُّفَاتِ المُفْلِسِ؛ أهي باطلة أو موقوفة؟

إن أَبْطَلْنَاهَا؛ فالأَدَاءُ والعَفْوُ بَاطِلاَنِ.

وإن قلنا: هي مَوْقُوفَةٌ، فالأداء والعفو مَوْقُوفَانِ، فإذا عُتِقَ بَانَ صِحَّتُهُمَا.

ولو كاتب رَجُلاَنِ كُلُّ وَاحِدٍ منهما عَبْدَهُ، ثم أَدَّى أحدهما عن الآخر، بغير إذن السيد، لم يصح أَدَاؤُهُ، وإن أَدَّى بِإِذْنِ السَّيِّدِ، ففيه قولان. وعن القَفَّالِ: أنه إذا[3] انْضَمَّ

(١) في ز: لا يدل.
(٢) في أ: ولكن.
(٣) في أ: إن.

إِذْنُ المُؤَدَّى عنه إلى إِذْنِ سَيِّدِهِ يصح بلا خلاف؛ لأنه يكون إِقْرَاضاً، والإِقْرَاضُ بِإِذْنِ السَّيِّدِ جَائِزٌ بلا خلاف[١]، فإن لم يَصِحَّ أَدَاؤُهُ، فله الاسْتِرْدَادُ، وإن عُتِقَ قبل الاسْتِرْدَادِ، ففيه الخلاف.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (فَرْعٌ:) لَوْ كَانَا مُتَفَاوِتِي القِيمَةَ فَقَالَ الخَسيسُ: أَدَّيْنَا النُّجُومَ عَلَى عَدَدِ الرُّؤوسِ وَقَالَ الآخَرُ: بَلْ عَلَى قَدْرِ النُّجُومِ وكَانَا قَدْ جَاءَا به مَعاً فَالصَّحِيحُ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي الاَسْتِوَاءَ لِأَنَّهُ فِي أَيْدِيهِما.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المُكَاتَبُونَ دفعة واحدة إذا اختلفوا فيما دَفَعُوهُ إلى السيد، فقال من قَلَّتْ قيمته: أدينا النجوم على عدد الرؤوس وقال من كَثُرَتْ قِيمَتُهُ: بل على أقدار القيم[٢]؛ فقد نَصَّ في «المختصر» أن القول قَوْلُ من قَلَّتْ قيمته.

وعن نَصِّهِ ـ رضي الله عنه ـ في مَوْضِعٍ آخر: أن القَوْلَ قَوْلُ من كَثُرَتْ قيمته، وفيهما طريقان للأصحاب:

أظهرهما: أن فيه قولين:

أصحهما: أن القول قَوْلُ من قَلَّتْ قيمته؛ لأن ما أدوه وسَلَّموه كان في أيديهم، وصَاحِبُ اليد يصدق أن[٣] في يَدِهِ ملكه.

والثاني: أن القَوْلَ قَوْلُ من كَثُرَتْ قيمته؛ لأن الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ مَنْ عليه دَيْنٌ ألاَّ يزيد عن أَدَاءِ ما عليه.

والثاني: تنزيل النَّصَّيْنِ على حالين، فحيث قال: القول قَوْلُ مَنْ قَلَّتْ قيمته، أراد ما إذا أَدَّوْا بَعْضَ المال، وكان المُؤَدِّي، بحيث لو وَزَّعَ على عَدَدِ رؤوسهم لم يَخُصَّ واحداً منهم أكثر مما كان عليه.

وحيث قال: القَوْلُ قَوْلُ مَنْ كَثُرَتْ قيمته، أراد ما إذا أَدَّوْا الجَمِيعَ، والذي قَلَّتْ قيمته يَدَّعِي أنه أَدَّى أكثر مما عليه، وأن ذلك وَدِيعَةٌ له عند السيد، أو قرض على كَثِيرِ القيمة؛ فيطالب بالبَيِّنَةِ.

وربما قيل: إن كان الخِلاَفُ فيما سِوَى النَّجْمِ الأخير، فَيُصَدَّقُ مَنْ قَلَّتْ قيمته؛ لأنه قد يُؤَدِّي زِيَادَةً ليحتسب بها عن النَّجْمِ الأخير.

---

(١) وقد اعترض عليه في نفي الخلاف بحكايته بعده أن تبرعات المكاتب كالهبة والإبراء والإقراض أن وجدت بإذن السيد ففيها القولان وجوابه أن الذي قاله هنا قد حكاه عن القفال وهناك قطع بالقولين فيحصل من الموضعين في الإقراض طريقان.

(٢) في أ: إقرار بالقيم.

(٣) سقط في: ز.

فإن كان في النجم الأخير، وأراد اسْتِزْدَادَ شيء فيحتاج إلى البَيِّنَةِ، وقطع القاضي ابن كَجٍّ فيما إذا كان الخِلاَفُ في النجم الأخير.

[وأجرى القاضي الروياني][1] الخلاف فيما لو اشْتَرَى اثنان شَيْئاً على التَّفَاوُتِ، وأديا الثَّمَنَ، واختلفا في أنهما أَدَّيَا على التَّفَاوُتِ أو التَّسَاوِي.

وقوله في الكتاب: «وقال الآخر: بل على قدر النجوم»، يعني نُجُومَ كُلِّ واحد منهما، وهو رَاجِعٌ إلى العِبَارَةِ التي سَبَقَتْ، وهي أَقْدَارُ القيم؛ لأن المُسَمَّى يُوَزَّعُ على قَدْرِ القِيَمِ على الصحيح كما تَقَدَّمَ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (المَسْأَلَةُ السَّابِعَةُ فِي النِّزَاعِ) وَلَهُ صُوَرٌ: إِحْدَاهَا: أَنْ يَخْتَلِفَ السَّيِّدُ وَالعَبْدُ فِي أَصْلِ الكِتَابَةِ أَوْ أَصْلِ الأَدَاءِ فَالقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ، وَتَثْبُتُ دَعْوَى العَبْدِ بِشَاهِدٍ وَامْرَأَتَيْنِ فِي الأَدَاءِ، وَهَلْ تَثْبُتُ دَعْوَى الكِتَابَةِ وَدَعْوَى النَّجْمِ الأَخِيرِ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ العِتْقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا ادَّعَى العَبْدُ على سَيِّدِهِ أنك كَاتَبْتَنِي، فأنكر، فهو المُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ، وكذا لو ادَّعَى على وَارِثِهِ بعد مَوْتِهِ أن مُوَرِّثَكَ كاتبني، فأنكر، ويحلف الوَارِثُ على نَفْي العلم.

ولو قال السيد: كَاتَبْتُكَ وأنا مَجْنُونٌ، أو مَحْجُورٌ علي، وقال العبد: بل كنت[2] في حَالِ الكَمَالِ، فإن عُرِفَ للسيد جُنُونٌ، أو حَجْرٌ فهو المُصَدَّقُ، وإلاَّ فالمُصَدَّقُ العَبْدُ.

ولو قال السيد: كَاتَبْتُكَ وأنكر العَبْدُ؛ ففي كتاب[3] القاضي ابن كَجٍّ: أنه إن لم يعترف بأَدَاءِ المَالِ، فيعود إلى الرِّقِّ، ويجعل إنكاره تَعْجِيزاً لنفسه. وإن قال السيد وأَدَّيْتَ المَالَ وعتقت؛ فهو حُرٌّ بإقرار السَّيِّدِ. فإن قال العَبْدُ: الذي دفعته إليه لم يكن لي وإنما هو وَدِيعَةُ زَيْدٍ، وادَّعَاهُ زَيْدٌ، صُدِّقَ.

ولو اختلفا في أداء المال، فالمُصَدَّقُ السَّيِّدُ، فإن أراد المُكَاتَبُ أن يُقِيمَ بَيِّنَةً على الأَدَاءِ، أُمْهِلَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ، وذُكِرَ وجهان في أن هذا الإِمْهَالَ واجب أو مُسْتَحَبٌّ؟

ولا تثبت دعوى الكِتَابَةِ بِشَاهِدٍ وامرأتين، ولا بشاهد ويمين؛ لأن مَقْصُودَهَا في الحَالِ مِلْكُ اليَدِ والتصرف، وفي المال العِتْق، فلا بد من ذَكَرَيْنِ[4] عَدْلَيْنِ، ويشترط التَّعَرُّض للتَّنْجِيمِ، ولمقدار كل نَجْمٍ، ومِيقَاتِهِ في الشَّهَادَةِ.

---

(١) في أ: قال الروياني.
(٢) في ز: كتبت.
(٣) في ز: فعن.
(٤) في أ: ذكر.

وتثبت دَعْوَى الأَدَاءِ بِشَاهِدٍ ويمين، وبرجل وامرأتين؛ لأن مَقْصُودَهَا المال. هذا في غير النَّجْمِ الأخير. وفي النجم الأَخِيرِ الذي يَتَعَلَّقُ به العِتْقُ وجهان:

أظهرهما: أن الجواب كذلك؛ لأن المَقْصُودَ المال، إلاَّ أنه يَتَضَمَّنُ العِتْقَ، وشُبِّهَ ذلك بما إذا ادَّعى على رجل أنه بَاعَ منه أَبَاهُ، وعُتِقَ عليه، وأقام شاهداً وامرأتين، ثبت البَيْعُ وتبعه[1] العِتْقُ. وقد مرت المسألة في «الشهادات».

«فرع»:

حكى القاضي الرّويَانِيُّ في «الكافي» أنا إذا أَمْهَلْنَاهُ ثَلاَثَةَ أَيَّام ليأتي بالبَيِّنَةِ على الأَدَاءِ، فَأَحْضَرَ شاهداً بعد الثلاثة، واستنظر ليأتي بالشاهد، يُنْظَرُ ثَلاَثَةً أُخْرَىٰ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ): إِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ النُّجُومِ أَوِ الأَجَلِ أَوْ جِنْسِ النُّجُومِ تَحَالَفَا وَتَفَاسَخَا، وَإِنْ كَانَ العِتْقُ قَدْ حَصَلَ بِالاتِّفَاقِ فَفَائِدَةُ الفَسْخِ الرُّجُوعُ إِلَى قِيمَةِ الرَّقَبَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا اختلفا في قَدْرِ النُّجُومِ، أو عَدَدِهَا، أو جنسها، أو صِفَتِهَا أو في قَدْرِ الأَجَلِ ولا بَيِّنَةَ لواحد منهما تَحَالَفَا؛ لأنهما اخْتَلَفَا في عِوَضِ العقد القائم بينهما، أو في كَيْفِيَّتِهِ، فَيَتَحَالَفَانِ كما في البَيْعِ وغيره. وعن أبي حَنِيفَةَ: أن القول قَوْلُ المُكَاتَبِ.

وعن أحمد ثَلاَثُ رِوَايَاتٍ:

إحداها: كقولنا.

والثانية: كقول أبي حَنِيفَةَ.

والثالثة: أن القَوْلَ قَوْلُ السيد، ثم القَوْلُ فيمن يُبْدَأُ به عند التَّحَالُفِ، وفي كيفية اليَمِينِ، على مَا مَرَّ في «البيع».

وإذا تَحَالَفَا؛ نُظِرَ، إن لم يَحْصُلِ العِتْقُ باتِّفَاقِهِمَا، بأن لم يقبض السيد شيئاً، أو لم يقبض جميع ما يدعيه [أو كان الاختلاف في الجنس، وقد قبض الجنس الذي يدعيه][2] العَبْدُ دُونَ ما يَدَّعِيهِ، فتنفسخ الكِتَابَةُ، أو يفسخها الحَاكِمُ، إن لم يَتَرَاضَيَا على شَيْءٍ، فيه ما سبق في البيع.

والظاهر الثاني؛ فإن حصل العِتْقُ باتِّفَاقِهِمَا، بأن قَبَضَ السَّيِّدُ ما يدعيه بِتَمَامِهِ، وزعم العَبْدُ أن الزِّيَادَةَ على القَدْرِ الذي يعترف به أودعها عنده فلا مَرَدَّ له، ولكن يَتَرَاجَعَانِ، فيرجع السَّيِّدُ على المُكَاتَبِ بقيمة المكاتب بما أَدَّى، وقد يقع في التَّقَاصِّ.

ولو قال السَّيِّدُ: كَاتَبْتُكَ على نَجْمٍ وَاحِدٍ، وقال العَبْدُ: بل على نَجْمَيْنِ. قال في

---

(١) في أ: ويتبعه. (٢) سقط في: ز.

«التهذيب»: القول قَوْلُ السيد مع يَمِينِهِ؛ لأنه يَدَّعِي فَسَادَ العقد[1] ولو أقام العَبْدُ بَيِّنَةً على أنه كَاتَبَهُ في رَمَضَانَ سَنَةَ كذا على أَلْفٍ، وأقام السيد بَيِّنَةً أنه كَاتَبَه في شوال ذلك السَّنَةِ على ألفين، فإن اتَّفَقَا على أن الكِتَابَةَ كانت واحدة، وكل واحد منهما تكذبه الأخرى، فَتَسْقُطُ البَيِّنَتَانِ، وَيَتَحَالَفَانِ، فإن لم يَتَّفِقَا على الاتِّحادِ، فالبَيِّنَةُ المتأخرة أَوْلَى، لأنه ربما كانت في رَمَضَانَ، ثم ارْتَفَعَتْ تلك الكتابة فَأَحْدَثَ كِتَابَةً أخرى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **(الثَّالِثَةُ) لَوْ مَاتَ مُكَاتَبُهُ وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ مُعْتَقَةٍ فَقَالَ عَتَقَ قَبْلَ المَوْتِ وَجَرَّ إِلَيَّ وَلاَءَ وَلَدِهِ فَالقَوْلُ قَوْلُ مَوَالِي الأُمِّ لِأَنَّ الأَصْلَ بقاء الوَلاَءِ لَهُمْ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَلَدُ المُكَاتِبِ من زَوْجَتِهِ المُعْتَقَةِ حُرٌّ، وَوَلاَؤُهُ لِمَوَالِيهَا، فإن عَتَقَ المُكَاتَبُ [انْجَرَّ][2] الوَلاَءُ إلى مَوَالِيهِ، كما سبق في جَرِّ الوَلاَءِ فإن مات المُكَاتَبُ، واختلف مَوْلاَهُ وموالي أُمِّ أولاده، فقال مَوْلاَهُ: عُتِقَ بأداء النجوم، ثم مات وجَرَّ ولاء أولاده إلي وأنكر مَوَاليها فهم المُصَدَّقُونَ باليمين، وعليه البَيِّنَةُ.

وهل يكفي شَاهِدٌ وامرأتان، أو شاهد ويَمِينٌ؟

فيه خِلاَفٌ في أن النَّجْمَ الآخر؛ هل يَثْبُتُ بذلك.

ويدفع مال المكاتب إلى وَرَثَتِهِ الأَحْرَارِ؛ لإقرار السَّيِّدِ بأنه مات حُرّاً.

ولو أقر السَّيِّدُ في حَيَاةِ المُكَاتَبِ بأنه أَدَّى النُّجُومَ، عُتِقَ، وجرّ إليه [ولاء] ولده. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الرَّابِعَةُ: كَاتَبَ عَبْدَيْنِ وَأَقَرَّ بِأَنَّهُ قَبَضَ نُجُومَ أَحَدِهِمَا وَنَكَلَ عَنْ دَعْوَى الثَّانِي حَتَّى حَلَفَ الثَّانِي عَتَقَ العَبْدَانِ جَمِيعاً، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ البَيَانِ حَلَفَ الوَارِثُ عَلَى نَفْي العِلْمِ بِمَا عَمَّاهُ المُوَرِّثُ ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَوْلٍ، وَلاَ يُقْرَعُ عَلَى قَوْلٍ؛ لأَنَّهُ ٱسْتِبْهَامٌ فِي دَيْنٍ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا كاتب عَبْدَيْنِ في صَفْقَتَيْنِ، أو في صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ، وجَوَّزْنَاهَا، ثم أَقَرَّ بأنه اسْتَوْفَى نُجُومَ أحدهما، أو أنه أَبْرَأَ أحدهما عَمَّا عليه؛ فَيُؤْمَرُ بالبَيَانِ، فإن قال: نَسِيتُهُ، أمر بالتَّذَكُّرِ، ولا يُقْرَعُ بينهما ما دام حَيّاً؛ لأن الإِنْسَانَ قد يَتَذَكَّرُ ما نَسِيَ، ويَتَبَيَّنُ له ما اشْتَبَهَ عليه، وذلك أَقْرَبُ إلى الحَقِّ من القُرْعَةِ.

وفي كتاب القاضي ابن كَجٍّ وَجْهٌ: أنه يُقْرَعُ بينهما، وإن كان حَيّاً، كما سنذكر أنه

---

(١) قال النووي في زياداته: ينبغي أن يكون على الخلاف فيما لو اختلف المتبايعان في مفسد للبيع.

(٢) في ز: الحر.

يُقْرَعُ بعد موته. والصحيح الأول. وإن[١] بيّن أحدهما، فإن صَدَّقَهُ الآخر فذاكَ، وإن كَذَّبَهُ، وقال: اسْتَوْفَيْتَ مني أو أَبْرَأْتَنِي، فله تحليف السيد، فإن حَلَفَ، بَقِيَ على الكتابة إلى أَدَاءِ النجوم، وإن نَكَلَ حَلَفَ المُكَذِّبُ، وعتق أيضاً.

قال الرُّويَانِيُّ في «الكافي»: وإن لم يتذكر، حلف لهما إذا ادَّعَاهُ، وإذا حلف، ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما يَبْنِيَانِ على الكتابة، ولا يُعْتَقُ وَاحِدٌ منهما إلاَّ بأداء النجوم.

والثاني: أن الدَّعْوَى تَتَحَوَّلُ إلى المُكَاتَبِينَ، فإن حَلَفَا على الأداء، أو نَكَلاَ ثَبَتَا على الكتابة. وإن حلف أَحَدُهُمَا دُونَ الآخَرِ، حكم بِعِتْقِ الحالف، وبقي النَّاكِلُ على الكتابة. ولو أنه لما بين أحدهما قال الآخَرُ: عَنَيْتَنِي بالإِقْرَارِ الذي أبهمته، ولم يقل: استوفيت أو أبرأت، فقد قال الإمام: الأَصَحُّ أن دَعْوَاهُ مَرْدُودَةٌ على هذا الوَجْهِ؛ لأنه ليس يَدَّعِي حقاً ثابتاً، وإنما يَدَّعِي إخباراً، وقد يكون صدقاً وقد يكون كَذِباً. وقد سَبَقَ نَظَرُ هذا في «الدَّعَاوَىٰ»[٢].

وإن مات قبل البَيَانِ: فما الحكم؟

ساق الإِمَامُ وصاحب الكتاب طَرِيقَةً [أخرى][٣]، والأَكْثَرُونَ ـ رحمهم الله ـ طريقة أخرى، وبين الطَّرِيقَتَيْنِ بَعْضُ الاتِّفَاقِ، وبَعْضُ الاختلاف. أما طريقتهما فهي: أن لكل وَاحِدٍ من المكاتبين أن يَدَّعِيَ على الوَارِثِ تَوْفِيَةَ النجوم على المورث، أو إبراءه، وأن يُحَلِّفَهُ على نَفْيِ العلم، فإذا حلف؛ فهل يُقْرَعُ بينهما؟ فيه قولان.

أحدهما: لا؛ لأنه استبهام دين، فهو كما لو قال: استوفيت كذا من أحد غَرِيمي، ومات قبل البَيَانِ، ولم يُبَيِّن الوارث، لا يُقْرَعُ بينهما.

وأشهرهما وأصحهما: على ما ذكر الإمام: أنه يُقْرَعُ لِحَقِّ العِتْقِ، الذي يتضمنه الاسْتِيفَاءُ، فهو كما لو أبهم العِتْق بين عبدين. ثم إنه مع تَرْجِيحِهِ هذا القول، ذكر إِشْكَالاً عليه: أن المُسْتَوْفَى منه حُرٌّ على التعيين، ومن أَعْتَقَ أَحَدَ العَبْدَيْنِ بعينه، ثم أشكل الحال فلا إِقْرَاعَ، وإنما الإِقْرَاعُ فيما إذا أعتق المريض عَبِيداً، واقتضى الشَّرْعُ قَصْرَ العِتْقِ على بعضهم.

وفيما إذا أَعْتَقَ أَحَدَ العبدين ـ أو العَبِيدَ ـ ولم يُعَيِّنْ واحداً بِلَفْظِهِ، ولا بقلبه، وانفصل عن الإِشْكَالِ بتخريجه على قَوْلَيْنِ سبق ذكرهما، فيما إذا أَعْتَقَ المَرِيضُ عَبْداً بعد عبد [واستبهم][٤] المتقدم منهما، وهما كالقولين في نَظِيرِ المسألة من الجُمُعَتَيْنِ،

---

(١) في أ: وإذا.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: واستهم.

والنَّكَاحَيْنِ، وأجريا حيث علم التعيين، وليس عن الوُصُولِ إلى دَرَكِهِ، فالإِقْرَاعُ ها هنا تفريع على أحد القولين.

ولك أن تمنع قوله: إنه لا إقراع فيما إذا أعتق عبداً بِعَيْنِهِ، وأشكل الحال.

وتقول: قد سَبَقَ في «العِتْقِ» أنه إذا أعتق أَحَدَ عَبْدَيْهِ، وأراد مُعَيَّناً، ومات قبل البيان، ولم يكن له وَارِثٌ، أو قال الوَارِثُ: لا أَعْلَمُ، فالظاهر أنه يُقْرَعُ.

فإن قلنا: يُقْرَعُ؛ فمن خَرَجَتْ له القُرْعَةُ فهو حُرٌّ، وعلى الآخر أَدَاءُ النجوم.

وإن قلنا: لا يُقْرَعُ؛ قال الإِمَامُ: الذي يَقْتَضِيهِ القِيَاسُ التَّوَقُّفُ إلى اصطلاح[1] أو بَيَانٍ، أو قيام بَيِّنَةٍ، ويَنْقَدِحُ أن يقال: للوارث أن يُعَجِّزَهُمَا، فإنهما مُمْتَنِعَانِ من الأَدَاءِ، وأحدهما مُكَاتَبٌ، فينفذ التعجيز فيه، وحينئذ فأحدهما حُرٌّ، والآخر رَقِيقٌ، فَيُقْرَعُ.

وأما طَرِيقَةُ الأكثرين فقد قالوا: إذا مات قبل البَيَانِ، ففيه قولان:

أن الوَارِثَ لا يَقُومُ مَقَامَهُ في البَيَانِ؛ بل يُقْرَعُ؛ فمن خرجت له القُرْعَةُ فهو حُرٌّ، وعلى الآخر أَدَاءُ النجوم، وله تَحْلِيفُ الوارث على نَفْيِ العلم.

والثاني: أن الوارث يَقُومُ مَقَامَهُ، ولا قُرْعَةَ، وإذا تَبَيَّنَ، فالحكم كما سبق في بَيَانِ الوارث؛ إلاَّ أن الوَارِثَ يَحْلِفُ عَلَىٰ نَفْيِ العلم، وهذا أشبه بالترجيح على قِيَاسِ ما تَقَدَّمَ، فيما إذا أعتق أَحَدَ عَبْدَيْهِ، وأراد مُعَيَّناً، ومات قبل البَيَانِ، فإن قال الوارث: لا أَعْلَمُ من أَدَّى منهما، فلكل واحد تَحْلِيفُهُ على أنه لا يعلم أنه أَدَّى، فإذا حلف لهما، فوجهان:

أحدهما: أنه يستوفى من كُلِّ وَاحِدٍ ما عليه، كما إذا أقر بأن أحد غريميه بَرِيءٌ مما كان عليه، ومات قبل البَيَانِ وحلف الوَارِثُ لكل واحد منهما، فإنه يَسْتَوْفِي الدَّيْنَيْنِ جميعاً.

وحكى ابن الصَّبَّاغ وَقْفَ العِتْقِ على أن يُؤَدِّيَ كل واحد جَمِيعَ ما عَلَيْهِ. قال: وعندي: إن اسْتَوَى المَالاَنِ، فقالا: نُؤَدِّي ما على أَحَدِنَا. أو اختلفا، فقالا: نُؤَدِّي الأكثر ليعتق[2]، كان لهما ذلك؛ لأنهما بأدائه أَدَّيَا جميع ما عليهما.

والوجه الثاني؛ وبه قال القاضي أبو الطَّيِّبِ: إنه إذا قال الوَارِثُ: لا أعلم. يُقْرَعُ بينهما.

قال الرُّويَانِيُّ: وهذا أَصَحُّ، ولو أقر باسْتِيفَاءِ بعض نُجُومِ أحدهما، ولم يبين، فلا قُرْعَةَ؛ لأن العِتْقَ لا يحصل به، بل يوقف الأمر.

---

(١) في أ: إصلاح.

(٢) في ز: لعتق.

ولو ادعى أَحَدُ المُكَاتَبِينَ على الوَرَثَةِ الأَدَاءَ، أو الإِبْرَاءَ، فأنكر، حصل بإنكاره الإِقْرَارُ للآخر. قاله الصَّيْدَلاَنِيُّ. وقوله في الكتاب: «ونكل عن دعوى الثاني» في بعض النسخ «عن يمين». الثاني، وهو الأولى والأول مؤول.

وقوله: «حتى حلف الثاني» في بعض النسخ «حتى حلف المدعى» وهما صحيحان. وقوله: «بما عماه المورث» في بعضها «بما عناه المورث»، وهما صحيحان أيضاً.

«فروع عن التهذيب»:

لو قال السيد: اسْتَوْفَيْتُهُ، أو قال العبد: أليس قد وَفَّيْتُكَ؟ فقال: نعم. ثم قال المُكَاتَبُ: وَفَّيْتُ النُّجُومَ. وقال السيد: البَعْضَ. فالمُصَدَّقُ السيد، واللفظ يحتملهما جَمِيعاً ولو وضع من المُكَاتَبِ شيئاً من النجوم، واخْتَلَفَا، فقال السيد: وضعت مني النجم الأول. وقال المُكَاتَبُ: من الآخر. أو قال: وَضَعْت بعض النجوم. وقال المُكَاتَبُ: بل جميعها. فالمُصَدَّقُ بيمينه السيد، وإذا كَاتَبَهُ على ألف درهم، فوضع عنه عَشْرَةَ دَنَانِيرَ، لم يصح.

فإن قال: أَرَدْتُ قِيمَةَ عشرةُ دنانير من الدَّرَاهِمِ؛ صح.

فلو اختلفا؛ فقال المُكَاتَبُ: أردت المعنى الثاني، وأنكر السيد، فهو المُصَدَّقُ؛ لأنه أَعْرَفُ بِنِيَّتِهِ. ولو وضع عنه من الدَّرَاهِمِ ما يُقَابِلُ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ، وهو مَجْهُولٌ عندهما، ففي صحته وجهان؛ بِنَاءً على الخلاف فيما إذا أَوْصَى بالزِّيَادَةِ على الثلث، وأجاز الوَارِثُ، وهو جاهل بالزِّيَادَةِ؛ ففي وجه: لا تَصِحُّ.

وفي وجه: تصح، ويحمل على أقل ما يتيقن.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الحُكْمُ الثَّالِثُ: حُكْمُ التَّصَرُّفَاتِ إِمَّا مِنَ السَّيِّدِ أَوْ مِنَ العَبْدِ، أَمَّا السَّيِّدُ فَلاَ يَصِحُّ بَيْعُهُ رَقَبَةَ المُكَاتَبِ عَلَى الجَدِيدِ، وَفِي القَدِيمِ يَبِيعُهُ وَيَبْقَى مُكَاتِباً، وَلاَ يَبِيعُ النُّجُومَ لأَنَّهُ بَيْعُ دَيْنٍ غَيْرِ لاَزِمٍ، وَفِي ٱلاِسْتِبْدَالِ عَنْهُ وَجْهَانِ، فَلَوْ قَبَضَ مُشْتَرِي النُّجُومِ النُّجُومَ فَهَلْ يُعْتَقُ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يُعْتَقُ وَكَانَ المُشْتَرِي وَكِيلَهُ فَيَرُدُّ عَلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الغَرَضُ الآن في تَصَرُّفَاتِ السيد في المُكَاتَبِ، وما يَتَعَلَّقُ به، وفي تَصَرُّفَاتِ المُكَاتَبِ.

أما القسم الأول، ففي الفَصْلِ منه مسألتان:

إحداهما: في بَيْعِ السيد رَقَبَةَ المُكَاتَبِ قولان:

الجديد: مَنْعُهُ، وبه قال أبو حنيفة ومالك؛ لأن الكِتَابَةَ عَقْدٌ يمنع من اسْتِحْقَاقِ

الكَسْبِ، وأَرْشِ الجِنَايَةِ، فيمنع[١] البيع، كما لو باع عَبْداً من إنسان لا يَجُوزُ له بَيْعُهُ، ولأن البَيْعَ إما أن يرفع الكتابة؛ وهو باطل؛ لأن الكِتَابَةَ لاَزِمَةٌ من جهة السَّيِّدِ، أو لا يرفع، فيبقى مُسْتَحِقٌ العَتَاقَةِ، فوجب ألاَّ يَصِحَّ بَيْعُهُ كالمُسْتَوْلَدَةِ.

والقديم: الجَوَازُ؛ وبه قال أحمد، كَبَيْعِ المُعَلَّقِ عِتْقُهُ بصفة، ويحتج له بحديث بريرةَ، فإنها اسْتَعَانَتْ بعائشة ـ رضي الله عنها ـ في كِتَابَتِهَا فقالت: إن باعوك صَبَبْتُ لهم ثَمَنَكِ صباً فراجعتهم، فَأَبَوْا أن يَبِيعُوهَا، إلاَّ أن يكون الوَلاَءُ لهم[٢] ـ الحديث.

ومن قال بالجديد؛ قال: إنها عَجَّزَتْ نَفْسَهَا، ثم اشْتَرَتْهَا عائشة ـ رضي الله عنها ـ.

وفي «جمع الجوامع» للقاضي الرُّوياني: أن من الأَصْحَابِ مَنْ قَطَعَ بالمَنْعِ، وأنكر القول الآخر، فَلْيُعَلَّمْ لذلك قوله في الكتاب: «وفي القديم» بالواو. وقوله: «يبيعه» بالحاء والميم، وقوله: «فلا يصح» بالألف.

وهِبَةُ المكاتب كَبَيْعِهِ، فإن قلنا بالجديد؛ فلو دَفَعَ النُّجُومَ إلى المشتري بعد البيع؛ فهل يعتق؟ فيه الخلاف الذي نَذْكُرُهُ فيما لو دَفَعَ النجوم إلى مشتري النجوم في المسألة الثانية. وإذا استخدمه المُشْتَرِي مُدَّةً لَزِمَتْهُ أُجْرَةُ المِثْلِ للمكاتب.

وهل على السيد أن يُمْهِلَهُ المُدَّةَ التي كانت في يَدِ المشتري؟

فيه قولان، كما في اسْتِخْدَامِ السيد وَحَبْسِهِ.

وإن قلنا بالقديم؛ فهل تَرْتَفِعُ الكِتَابَةُ؟

نقل في «التهذيب» وَجْهاً: أنها تَرْتَفِعُ.

والظاهر: أنها لا ترتفع.

وينتقل إلى المُشْتَرِي مُكَاتباً، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: إنه إذا عُتِقَ بأداء النجوم إلى المشتري، كان الوَلاَءُ للبائع، ويكون انْتِقَالُهُ بالشِّرَاءِ، كانتقاله بالإِرْثِ إلى الوَارِثِ.

وأظهرهما: أنه يكون الوَلاَءُ لِلْمُشْتَرِي، إذا عُتِقَ بالأَدَاءِ إليه، بخلاف الوَارِثِ، فإنه يَنُوبُ عن المورث ويخلفه.

ولو كَاتَبَ كِتَابَةً فَاسِدَةً، ثم باع المُكَاتَبَ فسنذكر حُكْمَهُ من بعد إن شاء الله تعالى.

---

(١) في أ: فيمنع.

(٢) متفق عليه من حديث عائشة، ورواه النسائي من حديث بريرة نفسها.

ولو قال أَجْنَبِيٌّ لسيد المُكَاتَبِ: أَعْتِقْ مُكَاتَبَكَ على كذا، أو: أعتقه عَنِّي على كذا أو مجاناً[١]، فهو كما قال: أَعْتِقْ مُسْتَوْلَدَتَكَ، وقد مَرَّ في «الكَفَّارَاتِ».

ولا يجوز للسيد بَيْعُ ما في يَدِ المكاتب، ولا إِعْتَاقُ عَبِيدِهِ، ولا تزويج إِمَائِهِ.

الثانية: ليس للسيد بَيْعُ نُجُومِ الكتابة على المُكَاتَبِ؛ لأنه بَيْعُ ما لم يَقْبِضْ، ولأنه بَيْعُ الدَّيْنِ من غير مَنْ عليه الدَّيْنُ، ولأن النجوم غير مُسْتَقِرَّةٍ، وإذا لم يَصِحَّ بَيْعُ المبيع قبل القبض، فبيع ما لا يلزم المِلْك فيه أَوْلَى. هذا هو المذهب المَنْصُوصُ.

وعن مالك[٢] يَصِحُّ بَيْعُهَا. وحكى مثله قول أو وجه آخر:

واختلف في كَيْفِيَّتِهِ؛ فذكر ابن كَجٍّ أنه جَوَّزَهُ في القديم.

وأن الزَّعْفَرَانِيَّ حكى أنه رَجَعَ عنه في الجديد في مسائل عددها[٣].

ومنهم من أخذ من قَوْلَيْنِ يُحْكَيَانِ عن تخريج[٤] ابن سُرَيْجٍ في بيع سَائِرِ الديون، واعْتُرِضَ عليه بأن ذلك في الدُّيُونِ المُسْتَقِرَّةِ، والنجوم بخلافها، ومنهم من أَخَذَهُ من تَجْوِيزِهِ بَيْعَ المُكَاتَبِ في القديم. وقد يُوَجَّهُ بأنه على ذلك القول ينتقل[٥] مُكَاتباً، والحَاصِلُ للسيد النجوم، وكأنه اشترى النجوم.

وهل يجوز الاسْتِبْدَالُ عنها، يُرَتَّبُ ذلك على جَوَازِ بَيْعِ النجوم؛ فإن جوز بيعها؛ جوز الاسْتِبْدَال عنها، وإلاَّ ففي الاسْتِبْدَالِ وجهان:

قال الإمام: وسبب الترتيب أن المَبِيعَ مَقْصُودٌ بالتَّمَلُّكِ، وما يستبدل عنه، فالمقصود عِوَضُهُ، وسقوط المستبدل عنه، ولذلك جاز الاستبدال عن الديون اللاَّزِمَةِ بلا خلاف، واختلف القول في بَيْعِهَا.

والأظهر: منع الاسْتِبْدَالِ أيضاً، وهو المَذْكُورُ في «التهذيب».

وإذا قلنا بِظَاهِرِ المذهب؛ وهو أنه لا يَجُوزُ بَيْعُ النجوم، فلو باع لم يَجُزْ لِلْمُكَاتَبِ تَسْلِيمُهَا إلى المشتري، ولا للمشتري مُطَالَبَتُهُ بها، ويحصل العِتْقُ بِدَفْعِهَا إلى السَّيِّدِ البائع. وهل يحصل بِتَسْلِيمِهَا إلى المشتري؟

قال في «المختصر»: يحصل. وعن «الأم»: منعه، وفيهما طريقان:

أظهرهما: عند الأكثرين ـ وبه قال ابن سُرَيْجٍ ـ أن فيه قولين:

---

(١) في أ: محاباة.
(٢) في ز: ملك.
(٣) في ز: عدها.
(٤) سقط في: ز.
(٥) سقط في: ز.

أحدهما: يَحْصُلُ لأن للسيد سلطنة[١] على القَبْضِ، فهو كما لو وكل بالقبض وَكِيلاً.

وأصحهما: المَنْعُ؛ لأنه يَقْبِضُ لنفسه، حتى لو تَلِفَ في يَدِهِ يَضْمَنُهُ، بخلاف الوكيل، فإنه يقبض للموكل.

والثاني؛ وبه قال أبو إِسْحَاقَ: أنهما مَحْمُولاَنِ على حَالَيْنِ؛ فإن قال بعد البيع: خُذْهَا منه. أو قال لِلْمُكَاتَبِ: ادفعها إليه؛ صار وكيلاً، وحصل العِتْقُ بِقَبْضِهِ.

وإن اقتصر على البيع فلا؛ فإنه فَاسِدٌ فلا عِبْرَةَ بما يَتَضَمَّنُهُ. ويقال: إن أبا إِسْحَاقَ عَرَضَ هذا الفَرْقَ على ابن سُرَيْجٍ، فلم يَعْبَأْ به، وقال: إنه وإن صرح بالإِذْنِ، فإنما يَأْذَنُ بحكم المُعَاوَضَةِ، إلاَّ أنه بينه. فإن قلنا: يُعْتَقُ؛ فما أَخَذَهُ المُشْتَرِي يَدْفَعُهُ إلى السيد؛ لأنا جعلناه كالوكيل له. وإن قلنا: لا يُعْتَقُ؛ فالسيد يُطَالِبُ المُكَاتَبَ، والمكاتب يَسْتَرِدُّ ما دفع إلى المشتري[٢].

وأَطْلَقَ صاحب الكِتَابِ في قَبْضِ مشتري النجوم وَجْهَيْنِ في أنه هل يُعْتَقُ؟ والمشهور من الخلاف فيه القولان على ما بَيَّنَّا. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَهُ مُعَامَلَةُ العَبْدِ بِالبَيْعِ أَوِ الشِّرَاءِ وَأَخْذِ الشُّفْعَةِ مِنْهُ، وَكَذٰلِكَ أَخْذُ العَبْدِ مِنْهُ فَإِنْ ثَبَتَ لَهُ عَلَى السَّيِّدِ دَيْنٌ مِثْلُ النُّجُومِ قَدْراً وَجِنْساً وَقُلْنَا: يَقَعُ التَّقَاصُّ فَيُعْتَقُ، لَكِنْ فِي تَقَاصِّ الدَّيْنَيْنِ المُتَسَاوِيَيْنِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ: (أَحَدُهَا): أَنَّهُ لاَ يَحْصُلُ وَإِنْ رَضِيَاهُ (وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَحْصُلُ إِنْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا (وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ لاَ يَحْصُلُ إِلاَّ بِرِضَاهُمَا (وَالرَّابِعُ): أَنَّ التَّقَاصَّ يَقَعُ بِنَفْسِهِ دُونَ الرِّضَا، فَإِنْ أَجْرَيْنَا التَّقَاصَّ فِي النَّقْدَيْنِ فَفِي ذَوَاتِ الأَمْثَالِ وَجْهَانِ، وَفِي العُرُوضِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: السَّيِّدُ في المُعَامَلَةِ مع المُكَاتَبِ كالأجنبي مع الأَجْنَبِيِّ، فيبيع منه ويشتري[٣]، فإذا باع السيد شِقْصاً من ربع والمكاتب شريك فيه؛ فله الأَخْذُ بالشُّفْعَةِ.

---

(١) في ز: السيد سلطة.

(٢) قيل ينبغي أن يتأمل هذا مع ما سبق في البيوع أنه لو كان لبكر على زيد طعام ولعمرو على بكر مثله فقال بكر لعمرو: اقبض من زيد ما لي عليه لنفسك ففعل فالقبض لعمرو فاسد قطعاً ولكن يحصل القبض لبكر في الأصح، ويبرىء زيد من دين بكر. قاله الزركشي في خادمه.

(٣) قضية إطلاقه أنه يجري بينه وبين سيده الربا لكن في البويطي في باب المكاتب كان الشافعي لا يرى بين المكاتب وبين سيده ربا. انتهى وهو غريب فإن جرى في بقية المعاملات لزم ألا يأخذ بالشفعة فيكون في ذلك قولان وإلا فيحتاج للفرق.

وإن باع المُكَاتَب، فللسيد الأَخْذُ بالشُّفْعَةِ، وإنما كان كذلك؛ لأن الغَرَضَ من الكتابة تَحْصِيلُ العِتْقِ، والعِتْقُ يَحْصُلُ بِأَدَاءِ المَالِ؛ فينبغي أن يُمَكَّنَ من التصرف الذي يستعين(١) به على العِتْقِ.

وعن أبي إِسْحَاقَ توجيهه بأن المُكَاتَبَ هو المَالِكُ لما في يَدِهِ، دون السيد؛ إلاَّ أنه يُمْنَعُ من تَفْوِيتِ المال كَيْلاَ يَعْجَزَ، فيفوت العِتْقُ، فلو ثبت لِلْمُكَاتَبِ دَيْنٌ على سَيِّدِهِ عن مُعَامَلَةٍ، وكان للسيد عليه النجوم، أو دَيْنُ معاملة، ففي التَّقَاصِّ تَفْصِيلٌ، واختلاف لا يَخْتَصُّ بالسيد والمكاتب.

وجملة القول فيه: أنه إذا ثَبَتَ لِشَخْصٍ دين على آخر، وللآخر دَيْنٌ على الأول، إما عن جِهَةٍ واحدة، أو عن جهتين، كَسَلَّم وقَرْضٍ، أو قَرْضٍ وثَمَنٍ؛ فإما أن يكون الدَّيْنَانِ نَقْدَيْنِ، أو لا يكونا كذلك؛ فإن كَانَا نَقْدَيْنِ؛ فَيُنظر: أَهما من جِنْسٍ وَاحِدٍ، أو من جِنْسَيْنِ، إن كانا من جِنْسٍ واحد، واتَّفَقَا في الحُلُولِ، وفي سائر الصِّفَاتِ، ففيه أربعة أقوال:

أحدها: ويحكى عن نَصِّهِ ـ رضي الله عنه ـ في «الصَّرْفِ»: أنهما لا يَتَقَاصَّانِ وإن رَضِيَا به؛ لأنه إِبْدَالُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ، وبَيْعُ الدَّيْنِ بالدين مَنْهِيٌّ عنه، فلا بد وأن يأخذ أَحَدُهُمَا ما على الآخر، ثم إن شاء دَفَعَهُ إليه، بما عليه ليخرج عن صورة بَيْعِ الدَّيْنِ بالدين.

والثاني: إنه إذا رَضِيَ أحدهما بالمُقَاصَّةِ، كفى وسَقَطَ الدَّيْنَانِ، لأن مَنْ عليه الدَّيْنُ يُؤَدِّيهِ من حَيْثُ يشاء.

وإذا رَضِيَ أَحَدُهُمَا، وقد أَدَّى ما عليه بما له في ذِمَّةِ الآخر، ويخالف ما إذا أراد أن يَقْضِيَهُ بِدَيْنٍ على الغَيْرِ، فإنه قد لا يرضى المُسْتَحِقُّ بِذِمَّةِ ذلك الغير.

وأيضاً: فإن أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إذا دَعَا إلى فَصْلِ الأَمْرِ بالقسمة يُجْبَرُ الآخَرُ عليه؛ فكذلك ها هنا.

والثالث: أنه لا بد من رِضَاهُمَا، وإلاَّ فَلِكُلِّ واحد منهما مُطَالَبَةُ الآخر بما عليه؛ لأن المُقَاصَّةَ كالحِوَالَةِ في إِبْدَالِ ذِمَّةٍ بِذِمَّةٍ، وفي الحِوَالَةِ لاَ بُدَّ من رضا المَحِيلِ والمُحْتَالِ.

والرابع: أن التَّقَاصَّ يحصل بنفس ثُبُوتِ الدَّيْنَيْنِ، ولا حَاجَةَ إلى الرضا؛ لأن مُطَالَبَةَ أحدهما الآخَرَ، بِمِثْلِ ما عليه عَنَاءٌ، ولا فائدة فيه. وكذلك نقول: لو كان على وَارِثِهِ دَيْنٌ، فمات سَقَطَ، ولا يُؤْمَرُ بِتَسْلِيمِهِ. وأشار في «الوسيط» إلى تَرْجِيحِ هذا القَوْلِ الأخير.

---

(١) في ز: ليستعين.

وفي «تعليق الشيخ أبي حَامِدٍ»: أنه المَنْصُوصُ.

وذكر أبو الفَرَجِ الزاز أنه المَشْهُورُ، وأن الأَصَحَّ حُصُولُ التَّقَاصِّ بتراضيهما.

إن اختلفا في الصِّفَاتِ كالصِّحَّةِ، والتَّكْسِيرِ، والحُلُولِ، والتأجيل، أو مقدار الأجل، فلا يصير أَحَدُهُمَا قصاصاً بالآخر، لاختلاف الأَغْرَاضِ، ولصاحب الحال أن يَسْتَوْفِيَهُ، وينتفع به إلى أن يَحلَّ ما عليه. ولو تَرَاضَيَا على جَعْلِ الحال قصاصاً بالمُؤَجّل لم يَجُزْ، كما في الحِوَالَةِ. وحكى أبو الفرج فيهما وَجْهاً آخر.

ولو كانا مُؤَجَّلَيْن بأَجَلٍ وَاحِدٍ، فقد قيل: هما كما لو كَانَا حَالَّيْنِ. وهذا أَوْجَهُ عند الإمام[١]، لكنه تَرَدَّدَ في مجيء القول الرابع.

وقال في «التهذيب»: الصحيح أنهما كالمُؤَجَّلَيْنِ بِأَجَلَيْنِ مختلفين. وإن كانا من جِنْسَيْنِ بأن كان أحدهما دَرَاهِمَ، والآخر دَنَانِيرَ فلا مُقَاصَّةَ، والطريق أن يَأْخُذَ أَحَدُهُمَا ما على الآخر، ثم إن شاء جَعَلاَ المَقْبُوضَ عِوَضاً عَمَّا على الآخر.

قال الرُّوَيَانِيُّ: لأن دَفْعَ العِوَضِ عن الدَّنَانِيرِ في الذِّمَّةِ يجوز، ولا حاجة إلى قَبْضِ الحقَّيْنِ معاً. وإن لم يكن الدَّيْنَانِ نَقْدَيْنِ؛ فإن كانا من جِنْسٍ واحد:

فعن صاحب «التقريب» أن التَّقَاصَّ على الاخْتِلاَفِ المذكور إذا أَجْرَيْنَاهُ في النَّقْدَيْنِ، ففي ذوات الأَمْثَالِ وَجْهَانِ؛ لأن ما سوى النَّقْدَيْنِ يظهر فيه التَّفَاوُتُ، وأنا إذا أَجْرَيْنَاهُ في ذَوَاتِ الأَمْثَالِ ففي العرضين الموصوفين في الذِّمَّةِ وجهان بالترتيب؛ لأن التفاوت فيها أكثر. والذي أَوْرَدَهُ العراقيون [وغيرهم من الأصحاب][٢] أن التقاصّ لا يَجرِي في غير الأَثْمَانِ من العروض وغيرها.

وفَرَّقَ الشيخ أبو حامد بأن العَقْدَ على الأَثْمَان [ليس عقد][٣] مُغَابَنَةٍ ومُرَابَحَةٍ؛ لقلة الاختلاف فيها، فالتَّقَاصُّ فيها قَرِيبٌ؛ بخلاف سائر الأَمْوَالِ.

وإن كانا من جنسين فلا مُقَاصَّةَ.

وإن تَرَاضَيَا ـ بل إن كان عَرَضَيْنِ ـ فينبغي أن يَقْبِضَ كُلُّ واحد منهما ما على الآخر، فإن قَبَضَ أَحَدُهُمَا لم يجز رَدُّهُ عِوَضاً عن المُسْتحق المَرْدُود عليه؛ لأنه بَيْعُ عَرَضٍ قبل القَبْضِ، إلاَّ أن يكون ذلك العَرَضُ مستحقاً بِقَرْضٍ، أو إِتْلاَفٍ لا بِعَقْدٍ.

---

(١) ما حكاه عن الإمام ليس كذلك، ولم يرجح الإمام في ذلك شيئاً وعبارته في النهاية ولو فرضنا دينين مؤجلين فهذا فيه احتمال عندي والوجه إجراء ثلاثة أقوال فأما القول بالتساقط من غير رضى فلست أرى له وجهاً.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

وإن كان أحدهما نَقْداً، والآخر عَرَضاً؛ فإن قَبَضَ مُسْتَحِقُّ العَرَضِ، ورَدَّهُ عِوَضاً عن النقد المستحق عليه، جاز.

وإن قبض مُسْتَحِقُّ النَّقْدِ [النَّقْدَ][(١)] ورده عِوَضاً عن العَرَضِ المستحق عليه، لم يجز إلاَّ أن يكون العَرَضُ مُسْتحقاً بِالقَرْضِ أو الإِتْلاَفِ.

هكذا فصل ابن الصَّبَّاغِ والرُّويَانِيُّ وغيرهما ـ رحمهم الله ـ.

إذا عرف ذلك حصل التَّقَاصُّ من السيد، والمُكَاتَبِ، وبرىء ذِمَّةُ المُكَاتَبِ عن النجوم وعُتِقَ كما لو أَدَّى[(٢)].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَى بِرَقَبَةِ المُكَاتَبِ لَمْ يَجُزْ إلاَّ أَنْ يُضِيفَ إِلَى حَالَةِ العَجْزِ فَيَصِحَّ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَوْصَى بِالنُّجُوم جَازَ مِنَ الثُّلُثِ، وَلِلوَارِثِ تَعْجِيزُهُ وَإِنْ أَنْظَرَ المُوصَى لَهُ، وَإِنْ أَوْصَى بِرَقَبَتِهِ فَلِلْمُوصَى لَهُ تَعْجِيزُهُ عَنِ العَجْزِ وَإِنْ أَنْظَرَ الوَارِثُ، وَلَوْ قَالَ: ضَعُوا عَنِ المُكَاتَبِ مَا شَاءَ فَشَاءَ الكُلَّ لَمْ يُوضَعِ الكُلُّ عَلَى الأَصَحِّ بَلْ يَبْقَى شَيْءٌ كَمَا لَوْ قَالَ: ضَعُوا مِنْ كِتَابَتِهِ مَا شَاءَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصل مسألتان:

إحداهما: في الوَصِيَّةِ بالمُكَاتَبِ وبالنجوم؛ أما الوَصِيَّةُ بالمُكَاتَبِ، فهي جَائِزَةٌ على القديم الذي يجوز فيه البَيْعُ.

وعلى الجديد ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: هي بَاطِلَةٌ؛ لأنه مَمْنُوعٌ من التَّصَرُّفِ في رَقَبَتِهِ ومَنْفَعَتِهِ، فأشبه ما إذا أَوْصَى بِعَبْدِ الغير، فإن قال: إن عجز مُكَاتَبِي هذا، وعاد إلى الرِّقِّ، فقد أَوْصَيْتُ به لفلان؛ فقد حكى الإِمَامُ وَجْهاً أنها لا تَصِحُّ أيضاً اعْتِبَاراً بحال التَّعْلِيقِ، وقياساً على ما لو قال: إن مَلَكْتُ عَبْدَ فُلاَنٍ، فهو حر.

والأصح وهو الذي أَوْرَدَهُ الجُمْهُورُ: أنها صَحِيحَةٌ، كما لو أوصى بثمرة نَخْلَتِهِ، وحَمْلِ جاريته، وكما لو قال: إن مَلَكْتُ عَبْدَ فلان، فقد أَوْصَيْتُ به. وللإمام طَرْدُ الخلاف في هذه الصورة، وجعلها أَوْلَى بالمنع، لأن له تَعَلُّقاً بالمُكَاتَبِ في الحال.

وإذا قلنا بالأَصَحِّ، فلو عَجَزَ، وأراد الوَارِثُ إِنْظَارَهُ، فللموصى له تَعْجِيزُهُ ليأخذه، وإنما يعجز بالرَّفْعِ إلى الحاكم، كما ذكرنا في المَجْنِي عليه، وأما الوَصِيَّةُ بالنجوم على

---

(١) سقط في: ز.

(٢) قال النووي: فإذا قلنا: لا يتقاصان، ولم يبدأ أحدهما بتسليم ما عليه، حبس حتى يسلما، ذكره صاحب «الشامل» وغيره.

المُكَاتَب فهي صَحِيحَةٌ، وإن لم تكن مُسْتَقِرَّةً، كما تصح الوَصِيَّةُ بالحَمْلِ، وإن لم يكن مَمْلُوكاً في الحال، فإن أَدَّاهَا فهي للموصى له، وَوَلاَءُ المُكَاتَبِ للسيد، وإن عَجَزَ، فللوارث تَعْجِيزُهُ، وفسخ الكتابة، وإن أَنْظَرَهُ الموصى له[1].

وهل لِلْمُوصَى له إبراؤه عن النجوم؟

أبدى القاضي ابْنُ كَجٍّ فيه احْتِمَالَيْنِ ـ ويُرْوَيَانِ عن القاضي الحسين ـ:

أحدهما: نعم، لأنه يَمْلِكُ الاسْتِيفَاءَ، فيملك الإِبْرَاءَ.

والثاني: لا، لأنه ملّكه استيفاء النجوم، ولم يملّكه تَفْوِيت الرَّقَبَةِ على الورثة.

ولو أَوْصَى لوَاحِدٍ بِرَقَبَتِهِ إن عجز، ولآخر بالنجوم، صحت الوَصِيَّتَانِ، ثم إن أَدَّى المال بَطَلَتِ الوصية الأولى، وإن رُقَّ بَطَلَتِ الثانية.

ولو أوصى لإنسان بما يُعَجِّله مكاتبه، فلم يُعَجِّلْ شيئاً، وأَدَّى النجوم في مَحَلِّهَا بَطَلَتِ الوصية، ولا يُجْبَرُ على التَّعْجِيلِ لتنفيذ الوَصِيَّةِ.

هذا في الكتابة الصحيحة.

أما إذا كَاتَبَ عَبْدهُ كِتَابَةً فَاسِدَةً ثم أوصى بِرَقَبَتِهِ؛ فإن كان عالماً بفَسَادِ الكِتَابَةِ صَحَّتِ الوَصِيَّةُ.

قال الصَّيْدَلاَنِيُّ وغيره ـ رحمهم الله ـ وتَتَضَمَّنُ الوَصِيَّةُ فَسْخَ الكتابة.

وإن كان يَظُنُّ صِحَّتَهَا، ففي الوصية قولان:

أحدهما: لا تصح؛ لأنه أَوْصَى، وعنده أن ما يأتي به لَغْوٌ.

والثاني: أنها صَحِيحَةٌ اعْتِبَاراً بحقيقة الحال. وهذا أشبه عند المُزَنِيِّ وغيره.

ومنهم من طَرَدَ القَوْلَيْنِ فيما إذا كان عَالِماً بفَسَادِ الكتابة؛ لأن الكتابة الفَاسِدَةَ كالصحيحة، في حصول العِتْقِ وغيره، بخلاف ما إذا باع بَيْعاً فَاسِداً، ثم أَوْصَى بالمَبِيعِ، وهو عالم بِفَسَادِ البيع تصح الوصية قولاً واحداً؛ لأن البيع الفَاسِدَ ليس كالصَّحِيحِ.

وأما إذا أوصى بالمَبِيعِ جَاهِلاً بِفَسَادِ البيع، فهو على القَوْلَيْنِ في الوصية.

ولو باع المُكَاتَبَ كِتَابَةً فَاسِدَةً، أو المَبِيعَ بَيْعاً فاسداً، أو وهب أو رهن وهو جَاهِلٌ بالفساد فطريقان:

---

(١) وعلله في البيان في باب الوصايا بأن حق الورثة متعلق بعينه وحق الموصى له بما في ذمته فكان حق الورثة آكد. قال ابن الصباغ: وهذا فيه نظر؛ لأن الحق للموصى له بدليل أنه إذا أبرأه عتق ولا حق لصاحب الرقبة.

أحدهما: طرد القولين.

والثاني: القَطْعُ بالفساد، بخلاف الوَصِيَّةِ؛ لأنها تَحْتَمِلُ من الخَطَرِ ما لا يحتمله البَيْعُ والرَّهْنُ، والخلاف في هذه الصورة كالخِلاَفِ فيما إذا باع مَالَ أبيه على ظَنِّ أنه حَيٌّ فَبَانَ أنه مَيِّتٌ.

وفي معناه ما إذا وَكَّلَ وَكِيلاً بِشِرَاءِ عَبْدٍ، ثم باعه، وهو لا يدري أن الوَكِيلَ قد اشْتَرَاهُ. أو باع مَالَ يَتِيم، وهو لا يدري أن أَبَاهُ جعله وَصِيّاً له، فَبَانَ أنه جَعَلَهُ وَصِيّاً.

«المسألة الثانية»: الوصية بوضع النُّجُومِ عن المُكَاتَبِ صَحِيحَةٌ، معتبرة من الثلث.

فلو قال: ضَعُوا عنه مَا عَلَيْهِ من النجوم، أو كتابته فقضيته وضع الكل. ولو قال: نَجْماً من نجومه، فالاختيار لِلْوَارِثِ، يضع ما شَاءَ من القليل والكثير، والأَوَّل والآخر.

وكذا لو قال: ضَعُوا عنه ما قَلَّ أَوْ كَثُرَ، وما خَفَّ أو ثَقُلَ، فالقِلَّةُ والكثرة، والخِفَّةُ والثقل أُمُورٌ إِضَافِيَّةٌ.

ولو قال: ضَعُوا عنه ما شاء من نُجُومِ الكتابة، فشاء وَضْعَ الكل؛ لا يوضع الكُلُّ، بل يبقى أَقَلّ ما يتموّل؛ لأن «من» للتَّبْعِيضِ، فلو اقتصر على قوله: ضَعُوا عنه ما شَاءَ، نقل المُزَنِيُّ أنه يبقى شَيْءٌ، ولا يوضع الكل وإن شاء؛ لأن المَعْنَى: ضَعُوا من كِتَابَتِهِ ما شاء، وإلا لَقَالَ: ضعوا عنه النجوم.

وإذا كان هذا مُضْمَراً كان كالصُّورَةِ السابقة ومنهم من قال: يَجُوزُ وَضْعُ الكل، إذا شاءه، كما لو قال: ضعوا عنه ما عليه إن شَاءَ، فَحَصَلَ وجهان، والأَظْهَرُ على ما ذكر[(1)] في الكتاب الأول.

ولو قال: ضَعُوا عنه أَكْثَرَ ما عليه، أو أَكْثَرَ ما بَقِيَ عليه، يوضع عنه نِصْفُ ما عليه وزِيَادَةٌ، وتقدير الزِّيَادَةِ إلى اختيار الوَارِثِ.

وذكر الصَّيْدَلاَنِيُّ أنه إذا [كانت][(2)] الزيادة فَوْقَ الأَقَلِّ المُجْزِىءِ، فما زَادَ على ما يجزىء ابْتِدَاءُ عَطِيَّةٍ من قبل الوارث؛ لأن اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ القليل والكثير.

قال الإِمَامُ: هذا مَأْخُوذٌ عليه، بل هو تَفْصِيلٌ منهم

ألا ترى أنهم لو اقْتَصَرُوا على الأَقَلِّ المجزىء لم يَجُزْ أن يقال: إنهم نقصوا من الوصية. ولو قال: ضَعُوا عنه أَكْثَرَ ما عليه، أو أكثر ما بقي عليه، ومثل نصفه فَيُوضَعُ عنه ثلاثة أَرْبَاعِ ما عليه وَزِيَادَةُ شيء.

---

(١) في ز: ذكرنا.
(٢) في ز: كاتب.

ولو قال: أكثر مما عليه، أو: ما عليه وأَكْثَرُ. وضع عنه الكُلّ وَلَغَا ذِكْرُ الزيادة.

ولو كانت عليه نجوم مُخْتَلِفَةُ المَقَادِيرِ والآجَالِ، فقال: ضعوا عنه أَكْثَرَ النُّجُومِ، أو أَكْثَرَهَا، رُوعِيَ القَدْرُ، فإن كان أطولها أو أقصرها، رُوعِيَتِ المُدَّةُ.

وإن قال: ضَعُوا عنه أَوْسَطَ النجوم، فهذا محتمل للأوسط في القَدْر، وفي الأَجَلِ، وفي العَدَدِ، فإن اختلفت النُّجُومُ فيها جميعاً، فللورثة [تعيين][1] ما شاءوا، فإن زَعَمَ المُكَاتَبُ أنه أَرَادَ غيره حَلَّفَهُمْ على نَفْيِ العِلْمِ، وإذا تساوت النجوم في القَدْرِ والأَجَلِ، حُمِلَتِ الوَصِيَّةُ على العَدَدِ، وإذا كان العَدَدُ وَتراً، كالثلاثة والخمسة، فالأوسط وَاحِدٌ، وإن كان شَفْعاً، فالأوسط اثنان، كالثاني والثالث من الأَرْبَعَةِ، فيعين الوَارِثُ أَحَدَهُمَا، هكذا أَطْلَقَ ابْنُ الصَّبَّاغِ وغيره.

ويجوز أن يقال: الأوسط كلاهما، فيوضعان، وهذا قَضِيَّةُ ما في «التهذيب»[2].

«فرع»:

إذا أوصى بكتابة عَبْدٍ بعد مَوْتِهِ، فلم يرغب العَبْدُ في الكتابة، تَعَذَّرَ تَنْفِيذُ الوَصِيَّةِ، بخلاف ما إذا أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدٍ لا يحتاج فيه إلى رضاه، ولا يكاتب بَدَلَهُ آخَرَ، كما لو أَوْصَى بِمَالٍ لِزَيْدٍ، فلم يقبل لا يصرف إلى غيره.

وإن رَغِبَ، فإن خرج كُلُّهُ من الثلث كُوتِبَ، ثم إن عَيَّنَ مَالَ الكتابة كُوتِبَ على مَا عَيَّنَهُ، وإلاَّ فعلى ما جَرَتْ به العَادَةُ، والعَادَةُ أن يكاتب العبد على ما فوق قِيمَتِهِ وإن لم يخرج كُلُّهُ من الثلث، ولم يجز الوارث، فقد قيل: كتابة القَدْرِ الذي يخرج من الثلث على الخِلاَفِ في كِتَابَةِ بعض العبد.

والصحيح أنه يُكَاتِبُ ذلك القَدْرَ.

ويصح قَوْلاً واحداً، ولا يُبَالَى بالتَّبْعِيضِ، إذا أدت الوصية إليه.

فإذا كُوتِبَ بَعْضُهُ، وأدى النجوم عُتِقَ، وَوَلاَؤُهُ للموصى، والباقي رَقِيقٌ. وإن أجاز الوَارِثُ كِتَابَةَ كله، وعتق بأَدَاءِ النجوم، فَوَلاَءُ الكل للموصى إن جعلنا إِجَازَةَ الوَرَثَةِ تَنْفِيذاً، وإلاَّ فَوَلاَءُ ما يزيد على القَدْرِ الخارج في الثلث لهم.

ولو قال: كَاتِبُوا أَحَدَ عَبِيدِي، لم تُكَاتَبْ أَمَتُهُ، ولا مُشْكِلَ.

وهل يُكَاتَبُ الجَنِينُ الذي ظَهَرَتْ ذُكُورَتُهُ؟

---

(١) في ز: يعتبر.

(٢) وما نقله عن ابن الصباغ نقله ابن أبي الدم عن العراقيين وجرى عليه الماوردي والروياني وغيرهما ونص عليه الشافعي في الأم.

فيه طريقان:

أظهرهما: نعم.

والثاني: أن فيه قَوْلَيْنِ لِبُعْدِهِ عن الفَهْمِ والإطْلاَقِ.

ولو قال: كَاتِبُوا إِحْدَى إِمَائِي لا يكاتب عبد، ولا مُشْكِلَ، فإن ظهرت أُنُوثَتُهُ، فعلى الخلاف. ولو قال: أحد رقيقي جاز العَبْدُ والأَمَةُ. وهل يجوز المُشْكِلُ؟

قال المزني: نعم.

وعن رواية الرَّبِيع: المنع، فقيل: فيه قولان، أو وَجْهَانِ، والصحيح الأول. هذا تمام الكلام[1] في تَصَرُّفَاتِ السيد.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَّا تَصَرُّفَاتُ المُكَاتَبِ فَهُوَ فِيهِ كَالحُرِّ إِلاَّ مَا فِيهِ تَبَرُّعٌ أَوْ خَطَرٌ فَلاَ يَنْفُذُ عِتْقُهُ وَهِبَتُهُ وَشِرَاؤُهُ قَرِيبَهُ بِالمُحَابَاةِ وَبَيْعُهُ بِالغَبْنِ، وَلاَ يَبِيعُ بِالنَّسِيئَةِ، وَلاَ يَرْفَعُ اليَدَ عَنِ المَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ، وَلاَ يُكَاتَبُ، وَلاَ يَتَزَوَّجُ وَلاَ يُزَوِّجُ عَبْدَهُ، وَلاَ يَتَسَرَّى خَوْفاً مِنْ طَلاَقِ الجَارِيَةِ، وَلاَ يَتَّهِبُ مَنْ يُعْتِقُ عَلَيْهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ كَسُوباً خَوْفاً مِنَ النَّفَقَةِ، وَالمُكَاتَبَةُ لاَ تَتَزَوَّجُ وَلاَ تُكَفِّرُ إِلاَّ بِالصِّيَامِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القسم الثاني: الكَلاَمُ في تَصَرُّفَاتِ المُكَاتَبِ:

وهو كالحُرِّ في مُعْظَمِ التَّصَرُّفَاتِ؛ فيبيع ويشتري، ويُؤَجِرُ وَيَسْتَأْجِرُ، ويأخذ بالشُّفْعَةِ، ويقبل الهِبَةَ والصَّدَقَةَ، ويَصْطَادُ ويَحْتَطِبُ ويؤدب عبيده إِصْلاَحاً للمال كما يَفْصِدُهُمْ وَيَخْتِنَهُمْ[2].

وفي إقامة الحَدِّ عليهم خِلاَفٌ مذكور في الحُدُودِ.

وإذا أَجَّرَ نَفْسَهُ أو عَبْدَهُ، أو أمواله فَعَجَّزَهُ السيد في المُدَّةِ انْفَسَخَ العَقْدُ. وفي كتاب القاضي ابْنُ كَجٍّ وجه: أنه لا يجوز أن تزيد مُدَّةُ الإِجَارَةِ على أَجَلِ النجوم؛ لأنه قد يرقّ، وتكون المَنَافِعُ فيما زاد السيد، ولا تصح منه التَّصَرُّفَاتُ التي فيها تَبَرُّعٌ، أو خَطَرٌ؛ لأن المقصود تَحْصِيلُ العِتْقِ، فَيُحْتَاطُ له، ولأن حَقَّ السيد غير مُنْقَطِعٍ عما في يَدِهِ، فإنه قد يعجز، فيعود إلى الرِّقِّ. هذا هو القَوْلُ الجُمَلِيُّ، وفي التفصيل صور:

إحداها: لا يصح إِعْتَاقُهُ ولا إِبْرَاؤُهُ عن الدُّيُونِ، ولا هِبَتُهُ مجاناً، ولا بشرط الثواب.

---

(١) في ز: القول.

(٢) سقط في: ز.

وإن صححنا الهِبَةَ بشرط الثَّوَابِ؛ لأن في قَدْرِ الثواب اخْتِلافاً بين العلماء؛ فقد يحكم الحَاكِمُ بشيء قَلِيلٍ، ولأن الثواب إنما يُسْتَحَقُّ بِإِقْبَاضِ الموهوب، وفيه خطر، وسنذكر أنه لا يسلم مبيعاً[1] قبل قَبْضِ الثمن على الظاهر.

فإن كان الثَّوَابُ مَعْلُوماً، وكان فيه غِبْطَةٌ، فقد قال الإمام: إن قلنا: هذه الهِبَةُ بَيْعٌ، ولا يشترط في ثبوت الملك فيها إِقْبَاضٌ، فهي مُجْرَاةٌ على قياس البُيُوعِ.

وإن شرطنا الإِقْبَاضَ، فمن يَشْتَرِطُهُ لا يوجبه، فلا يمتنع أن يصحح الهِبَةَ، ويمنع من الابْتِدَاءِ بالإِقْبَاضِ، حتى يسبق قبض العِوَضِ، بخلاف البيع [نسيئة][2] فإنه يوجب تَسلِيمَ المبيع قبل قبض الثمن.

وعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ أنه لا يَحِلُّ له التَّبَسُّطُ في المَلاَبِسِ[3] والمَأْكَلِ، ولا يكلف فيها التَّغْيِير المُفْرِطَ أيضاً.

وليس له أن يَدْفَعَ المَالَ إلى غيره قِرَاضاً، فإنه قد يَخُونُ أو يَمُوتُ، فَيَضِيعُ، وله أن يأخذه قِرَاضاً، لأنه نوع يكسب، ولذلك ليس له أن يُقْرِضَ، وله أن يَسْتَقْرِضَ، وليس له تَعْجِيلُ الديون المُؤَجَّلَةِ؛ لما فيه من تَفْوِيتِ الانْتِفَاعِ بالمال من غير ضرورة.

الثانية: لا يشتري أَحَداً من أُصُولِهِ وفروعه، لِتَضَمُّنِهِ العِتْقَ، وفَوَاتَ المال، خلافاً لأبي حَنِيفَةَ وأحمد ـ رحمهما الله ـ.

ولو وهب منه قريبه، أو أوصى له به؛ فإن لم يَقْدِرْ على الكَسْبِ لهرمه أو لزمانه وعجز، وكان يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ، لم يَجُزْ له قَبُولُهُ.

وقيل: يجوز قبول[4] الزمن، فقد يكتسب من غير عَمَلٍ. وهذا ما اختاره الصَّيْمَرِيُّ فيما نقل القاضي الرُّويَانِيُّ في «الكافي».

وإن كان كَسُوباً يقوم بِكِفَايَةِ نفسه، جاز قَبُولُهُ، بل يستحب؛ لأنه لا ضَرَرَ عليه في القَبُولِ، ثم لا يُعْتَقُ عليه؛ لأن ملكه ضعيف[5]، ولكن يكاتب عليه، فيعتق بِعِتْقِهِ، ويرق بِرِقِّهِ، وليس له بَيْعُهُ.

---

(١) في أ: معيباً.
(٢) في ز: نسبه.
(٣) وقريبت منه قول الماوردي لا اعتراض للسيد عليه فيما يحتاج السيد من مأكوله وملبوسه ممن تلزمه نفقته من زوجة وولد ما لم يخرج فيها إلى حد السرف فأما نفقته في ملاذه فما كان منها معهوداً بمثله لم يمنع منه وما خرج عن المعهود منع عنه. انتهى.
(٤) في أ: له القبول.
(٥) في ز: ضعف.

وحكى الشيخ أبو عَلِيٍّ في «شرح الفروع» وَجْهاً بَدِيعاً، وبعيداً عن ابن أَبِي هُرَيْرَةَ أن له بَيْعَهُ، ثم قال: وهذا فَاسِدٌ، ولا يجوز لأحد أن يملك أباهُ، فيبيعه، وتكون نَفَقَتُهُ في كَسْبِهِ، وما يَفْضُلُ يكون لِلْمُكَاتَبِ يستعين به في أَدَاءِ النجوم، فإن مَرِضَ أو عَجز أَنْفَقَ المُكَاتَبُ عليه؛ لأنه من صَلاَحِ مِلْكِهِ، وليس هذا كالإِنْفَاقِ على أَقَارِبِهِ الأَحْرَارِ، حيث يمنع منه؛ لأن ذلك مَبْنِيٌّ على المُوَاسَاةِ.

فإن جنى القريب على إنسان بيع في الجِنَايَةِ، وليس لِلْمُكَاتَبِ أن يَفْدِيَهُ، بخلاف ما إذا جنى عَبْدُهُ؛ يجوز له أن يَفْدِيَهُ، لأن الرَّقَبَةَ تبقى له، فيصرفها إلى النجوم.

الثالثة: ليس له الشِّرَاءُ بالمُحَابَاةِ، ولا البَيْعُ بالغَبْنِ؛ لما فيه من التَّبَرُّعِ، وتَفْوِيتِ المال. وعن أبي حَنِيفَةَ أن له أن يَبِيعَ بما عَزَّ وهَانَ، كما ذكر في الوَكِيلِ، ولا يبيع بالنَّسيئة؛ لأن إِخْرَاجَ المَالِ عن اليَدِ، بلا عِوَضٍ في الحال تَبَرُّعٌ، وأيضاً ففيه خَطَرٌ، وسواء باع بِمِثْلِ قِيمَتِهِ، أو أكثر، ولا فَرْقَ بين أن يَسْتَوْثِقَ بالرَّهْنِ والكفيل، أو لا يَسْتَوْثِقَ، وكذا لا يقرض، وإن استوثق، لأن الكَفِيلَ قد يُفْلِسُ، والرَّهْنُ قد يَتْلَفُ، ويحكم الحاكم المرفوع إليه بِسُقُوطِ الدَّيْنِ.

ويجوز أن يَبِيعَ ما يُسَاوِي مائة بمائة نَقْداً، وبمائة نسيئة، ولو اشْتَرَى نَسِيئَةً بثمن النَّقْدِ يجوز، ولا يرهن به؛ فإنه قد يَتْلَفُ، وإن اشْتَرَاهُ بثمن [النسيئة][1] لم يَجُزْ؛ لما فيه من التَّبَرُّعِ. كذلك ذكره في «التهذيب».

وفي «جمع الجوامع» للروياني: أنه يَجُوزُ، إذ لا غَبْنَ فيه، وفرقوا بين[2] المُكَاتَبِ، وبين الوَلِيِّ، حيث يبيع مال الطفل نسيئة، ويَرْهَنُ، ويَرْتَهِنُ للحاجة، أو المَصْلَحَةِ الظاهرة، وبأن المرعي هناك مَصْلَحَةُ الطفل، والولي مَنْصُوبٌ لينظر له [وها هنا المطلوب العِتْقُ والمرعي مصلحة السيد، والمكاتب غير منصوب لينظر له][3] وقد ذكرنا في «كتاب الرَّهْنِ» أن بعضهم سَوَّى بينه وبين الوَلِيِّ في البيع نسيئة، وفي الرهن والارتهان، فيجوز أن يُعَلِّمَ لذلك قوله ها هنا: «ولا يبيع [بالنسيئة]»[4] بالواو.

وأَلْحَقَ صَاحِبُ الكتاب هناك المُكَاتَبَ بالوَلِيِّ في جَوَازِ الرَّهْنِ، لكن الذي أَطْلَقَ عليه عَامَّةُ الأصحاب ـ رحمهم الله ـ وأَوْرَدَهُ ها هنا: المَنْع، ويشبه أن يتوسط، فيقال: إن دَعَتْ ضَرُورَةٌ إلى البَيْعِ والرهن، كما في وقت النَّهْبِ فله ذلك حِفْظاً للمال. وإن كان يَرَى فيه مَصْلَحَةً لم يُمَكَّنْ منه؛ لأنه ليس نَاظِراً للسَّيِّدِ، حتى يَتَحَمَّلَ الخَطَرَ لِمَصْلَحَةٍ يَرَاهَا، بخلاف الوَلِيِّ، والله أعلم. وإذا باع أَوِ اشْتَرَىٰ لم يسلم ما في يَدِهِ، حتى يَتَسَلَّمَ

---

(١) في ز: النسبة.
(٢) سقط في: ز.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: بالنسبة.

العِوَضَ؛ لأن رفع اليَدِ عن المالِ بلا عِوَضٍ، لا يَخْلُو عن غَرَرٍ، وكذلك ليس له السَّلَمُ؛ لأن مُقْتَضَاهُ تَسْلِيمُ رَأْس المال في المَجْلِسِ، وانتظار المسلم فيه سِيَّمَا إذا كان السَّلَمُ مُؤَجَّلاً.

وفيه وجه: أنه يجوز التَّسْلِيمُ ليتسلم في الحال، أو في المَجْلِسِ، ويحتمل هذا القَدر. وهذا ما أَوْرَدَهُ الصَّيْدَلاَنِيُّ. وعلى هذا فَيَجُوزُ له السَّلَمُ الحَالُّ.

وأطلق الإمام وَجْهاً في السَّلَمِ بشرط الغِبْطَةِ أنه يَجُوزُ.

الرابعة: لا يكاتب المُكَاتَبُ عَبْدَهُ، كما لا يعتقه، خِلاَفاً لأبي حَنِيفَةَ ولو أدَّى مُكَاتَبُهُ إليه المَالَ، لم يُعْتَقْ؛ لأن تَعْلِيقَهُ غير صحيح.

الخامسة: لا يَتَزَوَّجُ المُكَاتَبُ، ولا يُزَوِّجُ مِنْ [عبد][(١)]؛ لما فيه من المُؤَنِ، ولا [ينكح][(٢)] المكاتبة أيضاً؛ لأنه تنتقص قيمتها، وأيضاً فلخطر الطَّلْق، وله شِرَاءُ الجَوَارِي للتِّجَارَةِ، ولكن لا يجوز له التَّسَرِّي خَوْفاً من هَلاَكِ الجَارِيَةِ في الطَّلْقِ.

قال الإِمَامُ: وهو بِمَثَابَةِ مَنْعِ الرَّهْنِ من وَطْءِ الجارية المَرْهُونَةِ.

وكان شَيْخِي لا يبعد إجْرَاءَ الوجهين في وطء الجارية التي يُؤْمَنُ حَبَلُهَا[(٣)] ها هنا، وهو غير مَرْضِيٍّ؛ لأن المُكَاتَبَ عَبْدٌ، والوَطْءُ يضعفه، ولا ضَبْطَ يجعل مَرْجُوعاً فيما يجوز، ويمنع منه، فالوجه حَسْمُ الباب، وللمنع من الوَطْءِ مَعْنًى آخَرُ، وهو ضعف المِلْكِ، على ما سنذكر إن شاء الله تعالى.

السادسة: إذا لَزِمَ المُكَاتَبَ كَفَّارَةُ قَتْلٍ، أو ظِهَارٍ، أو يمين، فيكفر بالصَّوْمِ دون المَالِ؛ لأن مِلْكَهُ ليس بِتَامٍّ، وهو مستحق الصَّرْفِ إلى جِهَةٍ أخرى.

واعلم أن الصُّوَرَ جَمِيعاً مَفْرُوضَةٌ فيما إذا لم يَأْذَنْ له السَّيِّدُ.

فأما إذا أذن له السيد في التَّصَرُّفَاتِ المَذْكُورَةِ، فسنذكر حكمه[(٤)] إن شاء الله - تعالى - في الفَصْلِ التالي لهذا الفَصْلِ.

«فرع عن القَفَّالِ»:

إن وَصِيَّةَ المُكَاتَبِ غَيْرُ صحيحة، سواء أوصى بِعَيْنٍ من أَعْيَانِ مَالِهِ، أو بثلث ماله؛ لأن مِلْكَهُ غَيْرُ تَامٍّ على ما في يَدِهِ. وعن أبي حنيفة: أنها تَصِحُّ إنْ أضاف إلى المَوْتِ والحرية، وإلاَّ لم تصح.

---

(١) في ز: عند.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في أ: حملها.
(٤) في أ: حكمها.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَكُلُّ ذَلِكَ إِنْ جَرَى بِإِذْنِ السَّيِّدِ فَفِي النُّفُوذِ قَوْلاَنِ، إلاَّ العِتْقَ فَفِيهِ طَرِيقَانِ: (أَحَدُهُمَا): طَرْدُ القَوْلَيْنِ (وَالثَّانِي): القَطْعُ بِالمَنْعِ لِإشْكَالِ الوَلاَءِ، فَإِنْ نَفَّذْنَا فَفِي الوَلاَءِ قَوْلاَنِ: (أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ لِلسَّيِّدِ (وَالثَّانِي): أَنَّهُ مَوْقُوفٌ حَتَّى يُعْتِقَ المُكَاتَبَ يَوْماً فَيَكُونَ لَهُ، فَإِنْ مَاتَ رَقِيقاً اسْتَقَرَّ عَلَى السَّيِّدِ، وَلَوْ مَاتَ العَتِيقُ فِي مُدَّةِ التَّوَقُّفِ فَمِيرَاثُهُ لِلسَّيِّدِ فِي قَوْلٍ، وَلِبَيْتِ المَالِ فِي قَوْلٍ، وَكِتَابَةُ عَبْدِهِ كَإِعْتَاقِهِ فِي النُّفُوذِ وَفِي الوَلاَءِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَبَرُّعَاتُ المُكَاتَبِ وَتَصَرُّفَاتُهُ المُحْظَرَةِ كالهِبَةِ، والإِبْرَاءِ، والإِقْرَاضِ، والقِرَاضِ، والإِنْفَاقِ على الأَقَارِبِ، والبيعِ بالمُحَابَاةِ، وبالنسيئة وتعجيل الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ ونحوها، إن جرت بإِذْنِ السيد؛ فمنقول[١] المزني، والمنصوص في «الأم» أنها تَصِحُّ.

وعن الرَّبِيعِ فيه قَوْلٌ آخر؛ ونَصَّ على أن المُكَاتَبَةَ إذا اخْتَلَعَتْ بِإِذْنِ السَّيِّدِ على مال لم يَجُزْ، والخُلْعُ كالهِبَةِ، في أنه بَذْلُ مَالٍ من غير عِوَضٍ مَالِيٍّ.

واختلف الأَصْحَابُ على طريقين: قال أكثرهم ـ منهم ابن سُرَيْج، وابن خَيْرَانَ، وأبو إِسْحَاقَ ـ في جميع هذه التَّصَرُّفَاتِ قولان إما لما رَوَاهُ الربيع، وإما للنَّصَّيْنِ في الهِبَةِ، والتَّصَرُّف فيهما بالنقل والتخريج. ومنهم من نَقَلَ المَنْعَ عن نَصِّهِ في «الإملاء»:

أحدهما: أنها غير صَحِيحَةٍ؛ لأن مِلْكَ المُكَاتَبِ نَاقِصٌ، والسَّيِّدُ غَيْرُ مالك لما في يَدَيْهِ، فلا أَثَرَ لِإجَازَتِهِ، كما لو وَهَبَ المَرِيضُ جَمِيعَ مَالِهِ، وأجاز الوَارِثُ، وأيضاً فإنه يفوت غَرَضُ العِتْقِ.

وأصحهما: الصحة؛ لأن الحَقَّ لا يَعْدُوهُمَا، فإذا تَوَافَقَا عليه صَحَّ؛ كما لو وَهَبَ أَحَدُ الشريكين بِإِذْنِ الآخر.

والثاني: تقرير النَّصَّيْنِ، والقطع بِصِحَّةِ هذه التَّصَرُّفَاتِ، وببطلان الخلع وقد ذكرنا الطريقين في «الخُلْعِ» في كتابه.

وعن أبي الطيب بن سلمة طَرِيقَةٌ قَاطِعَةٌ بصحة الخُلْعِ أَيْضاً.

فإن وهب من السيد أو من ابنه الصَّغِيرِ، فقبل أو أَقْرَضَهُ، أو باعه نَسِيئَةً أو بالمُحَابَاةِ، أو عَجَّلَ دَيْناً مُؤَجَّلاً له عن النُّجُوم، فطريقان:

أظهرهما: أنه على القَوْلَيْنِ فيما إذا وَهَبَ من غيره بِإِذْنِهِ.

والثاني: ـ واختاره الشيخ أبو مُحَمَّدٍ ـ القَطْعُ بالصِّحَّةِ؛ لأن لِلْمُكَاتَبِ أن يُعَجِّزَ نَفْسَهُ، فيجعل جميع ما في يَدِهِ للسيد، وإذا تَمَكَّنَ من جعل الجميع لِلسَّيِّدِ بالتعجيز، لم

---

(١) في أ: لنقول.

يبعد أن يجعل بَعْضَهُ له بالهِبَةِ. ولو وهب بإِذْنِ السيد فرجع السيد عن الإِذْنِ، قبل إِقْبَاضِ المَوْهُوبِ لم يكن له إِقْبَاضُهُ.

ولو اشْتَرَى قَرِيبَهُ بِإِذْنِ السَّيِّدِ، ففي صِحَّتِهِ القولان، فإن صححناه؛ يكاتب عليه.

وعن أبي إِسْحَاقَ المَرْوَزِيِّ: طَرِيقَةٌ قَاطعة بالصِّحَّةِ؛ لأنه قد يَسْتَفِيدُ من أَكْسَابِهِ، وفيه صِلَةُ الرَّحِمِ. وإعتاق المُكَاتَبِ بإذن السيد مُرَتَّبٌ على سَائِرِ التَّبَرُّعَاتِ، إذا جرت بإذنه. إن لم نُصَحِّحْهَا، فالعتق أَوْلَى، وإن صححناها، ففيها قولان:

أصحهما: المنع أيضاً؛ لأنهما يعقبان الوَلاَءَ، والمُكَاتَبُ ليس أَهْلاً لِثُبُوتِ الوَلاَءِ له كالقِنِّ. ويحصل من هذا التَّرْتِيبِ طَرِيقَانِ، كما ذكر في الكتاب:

أظهرهما: أن فيه قَوْلَيْنِ؛ وقد نَصَّ عليهما في «المختصر».

والثاني: القَطعُ بالمنع.

ولو أَعْتَقَ عن سَيِّدِهِ، أو عن غيره بإِذْنِهِ، فهو كَسَائِرِ التَّبَرُّعَاتِ بالإِذْنِ، ولا يجيء فيه الطريقة القَاطِعَةُ؛ لأن المُعْتَقَ عنه من أَهْلِ الوَلاَءِ. فإن قلنا بنفوذ العِتْقِ، فلمن يكون وَلاَءُ المعتق؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه لِلسَّيِّدِ، وبه قال أبو حَنِيفَةَ؛ لأن المُكَاتَبَ ليس بِأَهْلٍ للولاء، وتَوْقِيفُ الوَلاَءِ بَعِيدٌ.

وَوَلاَءُ المُكَاتَبِ إذا عُتِقَ للسيد، فلا يبعد أن يكون وَلاَءُ مُعْتِقِهِ له أيضاً.

وأظهرهما: أنه يُوقَفُ؛ لأن الوَلاَءَ لمن أَعْتَقَ، والسَّيِّدُ لم يَعْتِقْ، فإن عتق [المكاتب][1] كان الوَلاَءُ له، وإن مات رَقِيقاً، كان الوَلاَءُ للسَّيِّدِ، وإن عجز وَرُقَّ، حكى الإِمَامُ أنه يَبْقى التَّوَقُّفُ؛ لأنه يُرْتَقَبُ عِتْقُهُ من وجوه أُخَرَ.

واعْتَرَضَ عليه، وقال: إذا رُقَّ ينبغي أن يكون الوَلاَءُ لِلسَّيِّدِ، ولا يرتقب عِتْقُهُ من وَجْهٍ آخر، لأنه إذا رُقَّ تَبَيَّنَ أن تَصَرُّفَهُ على حُكْمِ اسْتِقْلاَلِ الكتابة قد انقطع، فالعِتْقُ من وَجْهٍ آخر لا يَتَعَلَّقُ بما سبق، والذي اعْتَرَضَ به[2] هو الذي يوجد لِعَامَّةِ الأصحاب لا غَيْرَ. فإن جعلنا الوَلاَءَ لِلسَّيِّدِ؛ فلو عُتِقَ المُكَاتَبُ بعد ذلك، ففي انْجِرَارِ الوَلاَءِ إليه وَجْهَانِ، عن رواية أبي علي الطَّبَرِيِّ، وصاحب «التقريب»:

أظهرهما: المنع، وكأن السَّيِّدُ هو الذي أَعْتَقَهُ.

والثاني: وحكاه المُوَفَّقُ بْنُ طاهر عن تَخْرِيجِ ابن سُرَيْجٍ أنه يَنْجَرُّ، لأنه الذي بَاشَرَ

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في أ: عليه.

العِتْقَ. وإن قلنا بالتَّوَقُّفِ؛ فلو مات المُعْتِقُ قبل عِتْقِ المُكَاتَبِ، وعَوْدِهِ إلى الرِّقِّ، ففي المِيرَاثِ قَوْلاَنِ عن رواية الشيخ أبي حَامِدٍ:

أظهرهما: أن المِيرَاثَ مَوْقُوفٌ أيضاً.

والثاني: أنه للسيد، ولا يُوقَفُ المِيرَاثُ؛ وإن وَقَفَ الوَلاَءُ؛ لأن الوَلاَءَ قد يثبت لِلشَّخْصِ، ثم يَنْتَقِلُ إلى غَيْرِهِ، فلا يبعد فيه التَّوَقُّفُ، بخلاف المِيرَاثِ.

ومنهم من نقل بَدَلَ الثَّانِي أنه يُصْرَفُ إلى بَيْتِ المَالِ، كما إذا كَاتَبَ الذِّمِّيُّ عَبْداً، ولَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ، فاسْتُرِقَّ، وعُتِقَ مكاتبه، ومات يُصْرَفُ مَالُهُ إلى بيت المال.

وهذا والثاني ما أَوْرَدَهُ في الكتاب، وأهمل الأَوَّلَ الذي هو الأظهر.

وقوله: «حتى يعتق المكاتب يوماً. . .» إلى آخره اتِّبَاعٌ[1] لما نَقَلَهُ الإِمَامُ. ويجوز أن يُعَلَّمَ قوله: «يوماً» بالواو إِشَارَةً إلى ما هو الأَظْهَرُ، وهو أنه لا يُوقَفُ حتى يُعْتَقَ يوماً من الدَّهْرِ، أو يَمُوتَ رَقِيقاً، بل يُوقَفُ إلى أن يُعْتَقَ بموجب الكِتَابَةِ، أو يظهر رِقُّهُ بالعَجْزِ، أو المَوْتِ.

ولو كاتَبَ المُكَاتَبُ عَبْدَهُ بإذن السَّيِّدِ؛ قال الإِمَامُ: يحتمل أن يُلْحَقَ بِهِبَاتِهِ، ويحتمل أن يُلْحَقَ بِتَنْجِيزِ العِتْقِ.

وهذا الثاني هو الذي أَوْرَدَهُ الأصحاب ـ رحمهم الله ـ ونَصَّ ـ رضي الله عنه ـ عليه في «المختصر» فيعود الطَّرِيقَانِ في صِحَّةِ الكِتَابَةِ، والقولان في الوَلاَءِ تَفْرِيعاً على الصِّحَّةِ، إذا عتق المكاتب الثاني يحتمل أن يُعْتَقَ الأول، وإن عُتِقَ الأول، ثم الثاني، فَوَلاَءُ الثاني للأول. وفي نِكَاحِ المُكَاتَبِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ طريقان:

أحدهما: أن في صِحَّةِ القولين في تَبَرُّعَاتِهِ بالإِذْنِ؛ لأنه يلزمه المَهْرُ والنَّفَقَةُ، وفيه بَذْلُ مَالٍ لا في مُقَابَلَةِ مَالٍ.

وهذا ما رَجَّحَهُ الإِمَامُ، ويوافقه مُطْلَقُ لفظ الكتاب، فإنه قال: «وكل ذلك إن جرى بِإِذْنِ السَّيِّدِ، ففي نفوذه قولان» ومن جملة ذلك الزواج.

وأظهرهما: عند الأَكْثَرِينَ: القَطْعُ بالصِّحَّةِ؛ لأن المُكَاتَبَ أَحْسَنُ حَالاً من العبد القِنِّ، والعبد القِنُّ يَنْكَحُ بالإِذْنِ، فالمُكَاتَبُ أَوْلَى.

والمعنى فيه أن النِّكَاحَ يَحْتَاجُ إليه لِلتَّحْصِينِ، وسَائِرُ المصالح المتعلقة به والهِبَةُ وما في معناها لا يَلْحَقُ به.

---

(١) في ز: ابتاع.

وتزويج المُكَاتَبَةِ صَحِيحَةٌ على الأظهر، ولا بد من إذْنِهَا.

وعن القفَّالِ: أنها لا تُزَوَّجُ أَصْلاً؛ لأن مِلْكَ السيد فيها نَاقِصٌ، وهي أيضاً ناقصة فلا يصح إذْنُهَا، وقد ذكرنا ذلك في النِّكَاحِ.

وإذا أَذِنَ السَّيِّدُ لِلْمُكَاتَبِ في وطء الجارية وتَسَرِّيهَا، فقد يبتنى ذلك على أن العَبْدَ؛ هل يَمْلِكُ بالتمليك؟

إن قلنا: لا، [لم][1] يَحِلَّ له الوَطْءُ والتَّسَرِّي، وهو الأَصَحُّ.

وإن قلنا: نعم؛ قيل: يَحِلُّ.

وقيل: ينبني على الخِلاَفِ في تبرعاته بالإِذْنِ وعن ابن أبي هُرَيْرَةَ طَرِيقَةٌ بالمنع؛ لضعف الملك.

ولو[2] أَذِنَ السيد لِلْمُكَاتَبِ في التكفير[3] بالإِطْعَامِ أو بالكُسْوَةِ، ففيه قولان يبنيان تَارَةً على أن العَبْدَ هل يَمْلِكُ بالتمليك؟

ومنهم من بناهما على أنه: هل يَتَبَرَّعُ بِإِذْنِ السيد؟

وإن أَذِنَ في الإِعْتَاقِ، وصححنا إِعْتَاقَهُ بالإِذْنِ، وتَوَقَّفْنَا في الوَلاَءِ، فنتوقف في الإجزاء أيضاً، فإن عَجَزَ بَانَ أنه لم يُجْزِهِ، وعليه أن يُكَفِّرَ بالصوم، والظَّاهِرُ أنه لا يَجُوزُ تَكْفِيرُهُ بالإِعْتَاقِ. وعن القَفَّالِ: أنه إذا عُتِقَ بِإِذْنِ السَّيِّدِ؛ وجعلنا الوَلاَءَ للسيد، فينبغي أن يجزىء عن كَفَّارته إذا نَوَى.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوِ اشْتَرَى المُكَاتَبُ مَنْ يُعْتَقُ عَلَى سَيِّدِهِ صَحَّ، فَإِنْ عَجَزَ رَجَعَ إِلَى السَّيِّدِ وَعُتِقَ عَلَيْهِ، وَالقِنُّ لَوْ قَبِلَ مَنْ يُعْتَقُ عَلَى سَيِّدِهِ وَقُلْنَا يَنْفُذُ قَبُولُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَنْفُذْ هَهُنَا إِنْ خِيفَ وُجُوبُ النَّفَقَةِ فِي الحَالِ، وَإِنْ لَمْ يخف بِأَنْ كَانَ كَسُوباً نَفَذَ وَلَمْ يَكُنْ لِلسَّيِّدِ رَدُّهُ، وَهَلْ لَهُ رَدُّ غَيْرِهِ مِمَّنْ يَقْبَلُهُ عَبْدُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَهُ رَدُّهُ فَيَنْدَفِعُ المِلْكُ مِنَ الأَصْلِ أَوْ يَنْقَطِعُ مِنْ حِينِهِ فِيهِ وَجْهَانِ:

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا اشترى المُكَاتَبُ من يُعْتَقُ على سيده، كأبيه وابنه، أو اتَّهَبَهُ، أو أَوْصَى له به فَقَبِلَ، صَحَّ، وكان المِلْكُ فيه لِلْمُكَاتَبِ، فإن رُقَّ المُكَاتَبُ صار القَرِيبُ للسيد، وعتق عليه.

ولم يقولوا: إنه يمنع من صَرْفِ المال إلى غَرَضِ مَنْ عَسَاهُ يَعْتِقُه على السيد، ولا

(١) سقط في: ز.
(٢) في أ: فإن.
(٣) في ز: التلقين.

نَظَرُوا إلى لُزُومِ النَّفَقَةِ إذا عتق عليه [وإنما اعتبروا الحال][(١)] ولو اشترى بعض من يعتق على سيده[(٢)] أَو اتَّهَبَهُ، أو قَبِلَ الوَصِيَّةَ به [صح أيضاً، وعاد الأعتق على السيد][(٣)] وهل يَسْرِي إلى الباقي؟

إذا كان السيد مُوسِراً؛ ينظر، إن عَجَزَ المُكَاتَبُ من غير اخْتِيَارِ السيد، فلا يَسْرِي كما لو وَرِثَ بَعْضَ قريبه، وإن عَجَّزَهُ السَّيِّدُ، فوجهان[(٤)]:

أحدهما: يَسْرِي؛ لأنه ملك باختيار التَّعْجِيزِ، فصار كما لو مَلِكَ بالشِّرَاءِ.

والثاني: المَنْعُ؛ لأن قَصْدَهُ فَسْخُ الكِتَابَةِ، ودخوله في مِلْكِهِ ضِمْنِيٌّ قَهْرِيٌّ.

ولو اتَّهَبَ العَبْدُ القِنُّ مَنْ يعتق على سَيِّدِهِ بغير إِذْنِهِ، فيبنى على أن اتِّهَابَهُ بغير إِذْنِ السَّيِّدِ؛ هل يَنْفُذُ؟ وفيه خلاف قد سَبَقَ إن قلنا: لا، فلا كَلاَمَ.

وإن قلنا: نعم؛ وهو الأَظْهَرُ ـ فإن خِيفَ وُجُوبُ النَّفَقَةِ في الحال، بأن اتَّهَبَ أَبَاهُ الزَّمِنَ، والسَّيِّدُ مُوسِرٌ، لم يَنْفُذْ قَبُولُهُ؛ لأن فيه إِضْرَاراً بالسيد، وإن لم تجب النَّفَقَةُ في الحال، لكون[(٥)] القريب كَسُوباً، أو لكون السَّيِّدِ فَقِيراً، نفذ القَبُولُ، وعُتِقَ المَوْهُوبُ على السيد.

ولو اتَّهَبَ بعض من يعتق على السيد بغير إِذْنِهِ، وصححنا اتِّهَابَهُ بغير إِذْنِ السيد ولم يَتَعَلَّقْ به لُزُومُ النَّفَقَةِ ففي صِحَّةِ القَبُولِ قولان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه يعتق عليه ذلك البَعْض، ويَسْرِي، وفي التَّقْوِيمِ على السيد إِضْرَارٌ به.

وأظهرهما: أنه يَصِحُّ؛ ولا يَسْرِي لحصول المِلْكِ بغير اخْتِيَارِهِ، كما لو ورث.

قال الشيخ أبو عَلِيٍّ: وخَرَّجَ ابن سُرَيْجٍ على هذين القَوْلَيْنِ ما إذا اشترى المَرِيضُ أَبَاهُ بِأَلْفٍ، وهو لا يملك غَيْرَ الألف، وعليه دَيْنٌ مستغرق، ففي قول: لا يصح الشِّرَاءُ؛ لأنه لو صَحَّ لعتق فتلف حق الغُرَمَاءِ.

---

(١) سقط في: ز.
(٢) في ز: السيد.
(٣) سقط في: ز.
(٤) قال الشيخ البلقيني: لم يصحح المصنف هنا شيئاً ولكنه صحح في الشرط الثاني من شروط السراية أنه لا يسري، والأصح عندي أنه يسري، لأن فسخ السيد الكتابة صدر باختياره ويترتب على ذلك أنه مختار لكن يعود إليه ما في يد المكاتب ومن جملة ذلك الشقص المذكور فيعتق ذلك الشقص على السيد، ويسري ما صححه هو مقتضى نص الشافعي في الأم ومختصر المزني في باب من يعتق.
(٥) في أ: لكن.

والثاني: لا يصح ولا يعتق، ويُبَاعُ في دُيُونِهِمْ.

وفي «الوسيط» وَجْهٌ آخر: أنه يصح، ويُعْتَقُ، ويَسْرِي، ويجعل اختيار العَبْدِ كاختياره، كما جُعِلَ قَبُولُهُ كَقبُولِهِ.

ولم أجد هذا الوجه في «النهاية»[1]، ثم ذكرها هنا فَرْعاً في اتِّهَابِ العَبْدِ، بغير إِذْنِ السيد لا يختص بما نحن فيه، وهو أَنَّا إذا صَحَّحْنَاهُ فيدخل المَوْهُوبُ في مِلْكِ السيد قَهْراً، كما يدخل ما احْتَطَبَهُ واصْطَادَهُ. وهل للسيد الرَّدُّ بعد قَبُولِ العَبْدِ؟

فيه وجهان، ذكرهما صاحب «التلخيص»:

أحدهما: نعم؛ لأن تَمْلِيكَ العَاقِلِ البالغ قَهْراً بَعِيدٌ.

وأقيسهما: المنع؛ كما في المِلْكِ الحَاصِلِ بالاحْتِطَابِ.

فإن قلنا بالأَوَّلِ، فينقطع مِلْكُهُ من وَقْتِ الرَّدِّ، أو يَتَبَيَّنُ أنه لم يدخل في ملكه.

ذكر صاحب «التلخيص» فيه وَجْهَيْنِ أيضاً، ويظهر أثرهما فيما إذا كان الموهوب عَبْداً، ووقع هِلاَلُ شَوَّالٍ بين قَبُولِ العَبْدِ، وَرَدِّ السيد في زَكَاةِ الفِطْرِ.

وقوله في الكتاب: «ولم يكن للسيد رَدُّهُ»، يعني أن القَرِيبَ يُعْتَقُ إذا نفذ القبول، ولم يكن للسيد رَدُّ الهِبَةِ، ولا دَفْعُ العِتْقِ.

وهذا لا ذِكْرَ له في «الوسيط» ولا غيره. ولك أن تُخَرِّجَهُ على الوَجْهَيْنِ الآخرين عن صاحب «التلخيص». وقوله: وهل له رد[2] غيره ممن يَقْبَلُهُ عَبْدُهُ؟ لو قال: «مما يقبله عبده» لكان أَحْسَنَ.

فرعان لابن الحَدَّادِ:

[أحدهما][3]: إذا وهب من المُكَاتَبِ بَعْضَ أبيه، أو ابنه، وقبله وصححنا القبول على مَا مَرَّ التفصيل فيه؛ فإذا عُتِقَ المُكَاتَبُ، عُتِقَ عليه ذلك [الشِّقْصُ][4].

قال ابن الحَدَّادِ: وَيُقَوَّمُ عليه الباقي إن كان مُوسِراً.

وعن القَفَّالِ: أنه لا يُقَوَّمُ؛ لأنه لم يَسْرِ في الابتداء، فلا يَسْرِي بعده، كمعسر

---

(١) وهذا عجيب فإنه قد جزم به في كتاب العتق وقد حكاه القاضي الحسين في كتاب اللقيط من تعليقه واقتصر عليه البغوي في باب العتق كما نقله الرافعي وحكاه في البسيط وقال: إنه فاسد لا وجه له.

(٢) في ز: أن يرد.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: التنقص.

أعتق شِقْصاً له في عَبْدٍ لم يسر[١].

قال الشيخ أبو عَلِيٍّ: والأَصَحُّ الأول. وذلك الشُّقْصُ أيضاً لم يعتق في الابتداء، وإنما عُتِقَ عند عِتْقِ المُكَاتَبِ، فليست السِّرَايَةُ مُتَأَخِّرَةً عن العِتْقِ.

والثاني: اشترى المُكَاتَبُ ابْنَ سَيِّدِهِ، ثم باعه بأبي السَّيِّدِ، يصح، ويصير الأب مِلْكاً، فإن رُقَّ المُكَاتَبُ صار الأَبُ مِلْكاً للسيد وعُتِقَ عليه، فإن وجد به عَيْباً بعد ذلك، فلا سَبِيلَ إلى الرَّدِّ، ولكن له الأَرْشُ والأَرْشُ جُزْءٌ من الثَّمَنِ، فإن نَقَصَ العَيْبُ عُشْرَ قيمة الأب، فيرجع إلى عُشْرِ الابن الذي هو الثَّمَنُ، وإذا ملك عشر الابن، عُتِقَ عليه وهل يُقَوَّمُ عليه الباقي؟

قال الشيخ أبو عَلِيٍّ: إن عَجَّزَ المُكَاتَبُ نَفْسَهُ بلا اختيار للسيد لا يُقَوَّمُ عليه الباقي، وإن عَجَّزَهُ بِنَفْسِهِ؛ ففيه وجهان، قد سبق نظيرهما قال: والأظهر: المَنْعُ.

وزاد الإمام، فقال: القِسْطُ من الابن ـ الذي هو الأَرْشُ ـ يَنْقَلِبُ إليه قَهْراً، أم لا يرجع إلاَّ باختياره؟

فيه وجهان:

فإن قلنا بالأَوَّلِ، ففي تَقْوِيمِ الباقي عليه الوَجْهَانِ.

فإن قلنا بالثاني؛ فالظَّاهِرُ السِّرَايَةُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوِ اسْتَوْلَدَ المُكَاتَبُ جَارِيَتَهُ فَوَلَدُهُ مُكَاتَبٌ عَلَيْهِ أَيْ يُعْتَقُ بِعِتْقِهِ وَيُرَقُّ بِرِقِّهِ، وَهَلْ تَصِيرُ أُمُّ الوَلَدِ مُسْتَوْلَدَتَهُ إِذَا عُتِقَ فِيهِ قَوْلاَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عرفت أن المكاتب لا يَطَأُ جَارِيَتَهُ بغير إِذْنِ سَيِّدِهِ، وكذا بِإِذْنِهِ على الأظهر، فلو خالف وَوَطِىءَ، فلا حَدَّ عليه للشُّبْهَةِ، ولا مَهْرَ؛ لأن مَهْرَ جَارِيَتِهِ لو ثَبَتَ لثبت له، فإن أَوْلَدَهَا، فَالوَلَدُ نَسِيبٌ بِشُبْهَةِ المِلْكِ. ثم لا يخلو إما أن يأتي بالوَلَدِ، وهو مُكَاتَبٌ [بعد][٢]، فيكون مِلْكاً له؛ لأنه وَلَدُ جاريته، لكن لا يملك بَيْعَهُ؛ لأنه وَلَدُهُ، ولا يعتق عليه؛ لأن مِلْكَهُ ليس بتام، بل يَتَوَقَّفُ عِتْقُهُ على عِتْقِهِ؛ إن عُتِقَ عُتِقَ، وإلاَّ رُقَّ، وصار للسيد وهذا معنى قولهم: «إن ولده يتكاتب عليه».

وهل تصير الجَارِيَةُ مُسْتَوْلَدَةً له؟

منهم من يَقُولُ: لا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً في الحال، فإن عُتِقَ، ففيه قولان. ومنهم من يطلق القولين في ثُبُوتِ حُرْمَةِ الاسْتِيْلاَدِ في الحال.

---

(١) في ز: ثم أيسر.

(٢) في ز: بعبد.

أحدهما: الثبوت؛ ويُحْكَى هذا عن أبي حَنِيفَةَ وأحمد، واختيار المُزَنِيِّ؛ لأنه ثبت للولد حَقُّ الحرية، حيث يُكَاتب عليه، وامْتَنَعَ بَيْعُهُ، فثبت لها حُرْمَةُ الاستيلاد.

وأصحهما: المَنْعُ؛ لأنها علقت [بمملوك، فأشبهت][(١)] الأَمَةَ المَوْطُوءَةَ بالنكاح، وحَقُّ الحُرِّيَّةِ للولد لم يثبت بالاسْتِيلاَدِ في المِلْكِ، وإنما يثبت لصيرورته[(٢)] مِلْكاً لأبيه، كما لو ملك وَلَدَهُ بِهِبَةٍ وغيرها.

فإن قلنا: ثبت حُرْمَةُ الاسْتِيلاَدِ في الحال، فإن عُتِقَ المُكَاتَبُ استقر الاستيلاد، وإن عجز رُقَّتْ مع الوَلَدِ للسَّيِّدِ، فإن عُتِقَ المكاتب بعد ذلك وملكها لم تَصِرْ مُسْتَوْلَدَةً [لأن بالعجز يتبين أنها علقت برقيق، وأنه لا اسْتِيلاَدَ، وإن قلنا: لا يثبت فإن عجز ثم عُتِقَ وملكها لم تَصِرْ مُسْتَوْلَدَةً له][(٣)]، وإن عُتِقَ بأَدَاءِ النجوم، فكذلك على ظاهر المذهب.

وعن أبي إِسْحَاقَ تخريج قول مما إذا أَوْلَدَ الرَّاهِنُ الجَارِيَةَ المَرْهُونَةَ، وقلنا: لا تصير مُسْتَوْلَدَةً له، فبيعت، ثم ملكها، حيث نقول بِثُبُوتِ الاسْتِيلاَدِ على رَأْيٍ، لكن العُلُوقَ هناك بِحُرٍّ، وها هنا بمملوك هذا إذا أتت بالوَلَدِ، وهو مُكَاتَبٌ.

أما إذا أتت به بعد العِتْقِ؛ فإن كان لِمَا دون سِتَّةِ أَشْهُرٍ من وقت العِتْقِ، فكذلك الجَوَابُ؛ لأن العُلُوقَ وَقَعَ في الرِّقِّ. وإن كان لِسِتَّةِ أشهر، فصاعداً من يومئذ؛ فقد أَطْلَقَ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أنها تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً له.

واختلف الأَصْحَابُ؛ فقال قائلون: هذا إذا وَطِىءَ بعد الحُرِّيَّةِ، وولدت لِسِتَّةِ أشهر، فصاعداً من يوم الوطء لظهور العُلُوقِ بعد الحرية، والولد والحالة هذه حر [لا ولاء][(٤)] عليه إلاَّ بالوَلاَءِ على أبيه، ولا ينظر إلى احْتِمَالِ العُلُوقِ في الرِّقِّ تغليباً للحرية.

فأما إذا لم يَطَأْهَا بعد الحرية، فيكون الاسْتِيلاَدُ على الخِلاَفِ.

وقال آخرون: يثبت الاسْتِيلاَدُ وَطِىءَ بعد الحرية أو لم يَطَأْ؛ لأنها كانت فِرَاشاً قبل الحُرِّيَّةِ، وذلك الفِرَاشُ مُسْتَدَامٌ بعدها، وإمكان العُلُوقِ بعد الحرية قَائِمٌ فيكتفي به لِثُبُوتِ الاسْتِيلاَدِ. والأَوَّلُ أَصَحُّ على مَا ذَكَرَهُ صاحب «التهذيب». والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الحُكْمُ الرَّابِعُ: حُكْمُ الوَلَدِ: وَفِي سِرَايَةِ الكِتَابَةِ مِنَ المُكَاتَبَةِ إِلَى وَلَدِهَا الَّتِي تَلِدُ بَعْدَ الكِتَابَةِ مِنْ زِناً أَوْ نِكَاحٍ قَوْلاَنِ كَمَا فِي سِرَايَةِ التَّدْبِيرِ إِلاَّ أَنَّ هَذَا يُعْتَقُ بِعِتْقِ الأُمِّ، وَوَلَدُ المُدَبَّرَةِ لاَ يُعْتَقُ بِعِتْقِهَا بَلْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَهَذَا يُعْتَقُ بِعِتْقِ الأُمِّ فِي دَوَامِ الكِتَابَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي فَحَقُّ المِلْكِ فِيهِ لِلسَّيِّدِ فِي قَوْلٍ فَكَأَنَّهُ مُكَاتَبُهُ حَتَّى يُصْرَفَ إِلَيْهِ

---

(١) في ز: لمملوك فأشهدت.
(٢) في ز: لضرورته.
(٣) سقط في: ز.
(٤) في ز: ولا.

بَدَلُهُ إِذَا قُتِلَ، وَيَنْفُذُ إِعْتَاقُهُ، وَيُصْرَفُ إِلَيْهِ كَسْبُهُ مَهْمَا رُقَّ، وَيَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ، وَفِي قَوْلٍ هُوَ مِنْ كَسْبِ المُكَاتَبَةِ فَيَكُونُ كَسَائِرِ عَبِيدِهَا، وَأَمَّا وَلَدُ المُكَاتَبِ مِنْ جَارِيَتِهِ فَهُوَ كَسْبٌ لَهُ قَوْلاً وَاحِداً لاَ يَنْفُذُ فِيهِ إِعْتَاقُ السَّيِّد، وَلَكِنْ لَوْ جَنَى لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ؛ لِأَنَّ فِدَاءَهُ كَشِرَائِهِ فَإِنَّه لاَ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ فِي وَلَدِهِ بَلْ يُكَاتَبُ عَلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كِتَابَةُ الأَمَةِ صَحِيحَةٌ لكتابة العَبْدِ، وإذا كاتب أَمَةً لها ولد، فلا يخفى بَقَاءُ الولد على مِلْكِ السيد، فإن شَرَطَا أن يكون الوَلَدُ معها في عَقْدِ الكتابة، فالكتابة فَاسِدَةٌ، لكن إذا أدّت، عُتِقَ الوَلَدُ أيضاً بموجب التعليق.

وإن كان في يَدِهَا مَالٌ، وشَرَطَا أن يكون المَالُ لها، فقد حَكَى القَاضِي ابن كَجٍّ أن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ نَصَّ على فَسَادِ الكتابة، وفَرَّقَ بين الولد والمَالِ، على أحد القولين؛ بأن المَالَ من جِنْسِ كَسْبِهَا، الذي يكون لها بالكِتَابَةِ، فجاز أن تَصِيرَ لها بالشَّرْطِ. ولك أن تقول: هذه صُورَةُ كِتَابَةِ الرقيق، والبيع منه بِعِوَضٍ واحد[1]، وقد سبق القَوْلُ فيه.

وإن كانت حَامِلاً عند الكِتَابَةِ، وتَيَقَّنَ ذلك بأن يَنْفَصِلَ لما دون سِتَّةِ أشهر من يوم الكتابة[2]؛ فقد ذكر أنا إذا قلنا: إن الحَمْلَ لا يعرف، فهو كالولد الحَادِثِ بعد الكتابة. وسنذكر حُكْمَهُ على الأَثَرِ إن شاء الله تَعَالَى.

وإن قلنا: يعرف، فحكاية القَاضِي ابْنِ كَجٍّ أن عند الكتابة يَصِيرُ كأنه توجه نحوها ونحوه، فإذا عُتِقَتْ عُتِقَ الوَلَدُ.

ونقل صاحب «التهذيب»: أنه لا تثبت الكِتَابَةُ للولد؛ لأن الصغير لا يكاتب، بخلاف مثله من التدبير، والصغير يُدَبَّرُ. ثم قال:

من عِنْدِهِ وجب أن يثبت حُكْمُ الكتابة له، لا على سبيل السِّرَايَةِ، بل على وجه الاسْتِتْبَاعِ، كما يتبع الحَمْلُ الجَارِيَةَ في البيع، وإن كان لا يقبل البيع وحده. هذا ما نقله ابْنُ كَجٍّ. وإن حدث الوَلَدُ بعد الكِتَابَةِ؛ فهذا الوَلَدُ إما أن يَكُونَ من السَّيِّدِ، أو من غيره، إن كان من السَّيِّدِ، فالحكم كما سيأتي إن شاء الله ـ تعالى ـ في الفَرْعِ المذكور عَقِيبَ هذا الفَصْلِ.

وإن كان من غيره، إما من زنا أو نِكَاحٍ، ففيه قولان؛ أحبهما إلى الشافعي ـ رضي الله عنه ـ، وهو المنصوص في «المختصر»: أنه يثبت له حُكْمُ الكتابة حتى يُعْتَقَ [بعتق] الأم، إما بالأداء، أو الإِبْرَاءِ، أو الإِعْتَاقِ؛ لأن سبب الحُرِّيَّةِ كحقيقتها في اسْتِتْبَاعِ

---

(١) في ز: وأخذ.

(٢) في ز: الولادة.

الأولاد؛ ألا ترى أن أَوْلاَدَ المُسْتَوْلَدَةِ يتبعونها، ولأن الولد كَسْبُهَا فيتوقف أَمْرُهُ على رقِّهَا وحريتها، كسائر أَكْسَابِهَا.

والثاني: لا تثبت لأن الكتابة عَقْدٌ يقبل الفَسْخَ، فلا يثبت حُكْمُهُ في الوَلَدِ، كما أن ولد المَرْهُونَةِ لا يكون مَرْهُوناً، ويحكى هذا عن نَصِّهِ ـ رضي الله عنه ـ في بعض أَمَالِيهِ.

وعن أبي إِسْحَاقَ: أنه قطع بالقَوْلِ الأَوَّلِ، وقال: إذا اختاره الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وجب أن يكون القَوْلُ الآخَرُ سَاقِطاً.

وقوله في الكتاب: «ففي سِرَايَةِ الكتابة إليه قولان»، ليس المَقْصُودُ نَصْبَ الخلاف في أنه: هل يَصِيرُ الوَلَدُ مُكَاتَباً؟

فقد نَصَّ الأَصْحَابُ على أنه لا يدخل في الكتابة، ولا يُطَالب بشيء من النجوم، وكيف ولم يُوجَدْ منه قبول[1] ولا يَجْرِي معه عَقْدٌ؟

قالوا: ويخالف التَّدْبِيرُ، حيث يَسْرِي على أَحَدِ القولين؛ لأن التدبير يَتَعَلَّقُ بقول السيد، ولا يعتبر فيه رِضَا العَبْدِ، ولذلك إذا عجزت المُكَاتَبَةُ أو مَاتَتْ بَطَلَتِ الكِتَابَةُ، وكان الوَلَدُ رَقِيقاً للسَّيِّدِ، بلا خلاف. وفي التَّدْبِيرِ إذا ماتت المُدَبَّرَةُ قبل السيد، يبقى التدبير في الوَلَدِ، على أحد القولين، فإذن في اللفظ تَوَسُّعٌ، والمقصود أنه: هل يَتْبَعُهَا في العِتْقِ بِعِتْقِهَا، والرِّقُّ بِرِقِّهَا، أم لا؟

ويوضحه ما ذكر في الكِتَابِ أن وَلَدَ المُدَبَّرَةِ لا يُعْتَقُ بعتق الأم بالاستتباع[2] بل يعتق بما تعتق به الأم [وهو موت السَّيِّدِ بالسِّرَايَةِ في التدبير، وولد المكاتبة بعتق الأم بالتبعية من غير أداء منه، ولا إبراء، ولا إعتاق.

وقوله: «تعتق الأم في دوام الكتابة» يشير إلى أنه إنما يُعْتَقُ بِعِتْقِ الأُمِّ][3]. إذا عتقت عن جِهَةِ الكتابة، حتى لو فُسِخَتِ الكتابة، ثم عتقت الأم، لا يُعْتَقُ الوَلَدُ.

وفي لفظ الكتاب زِيَادَةٌ، فإنه قال: «إلاَّ أن هذا يُعْتَقُ بِعِتْقِ الأم». ثم قال آخراً: «وهذا يعتق بعتق الأم في دَوَامِ الكتابة».

والثاني مُغْنٍ عن الأول.

التفريع: إن قلنا: لا يَثْبُتُ للولد حُكْمُ الكتابة، فهو قِنٌّ للسيد، له بيعه، وإعتاقه عن الكَفَّارَةِ والوطء إن كان الوَلَدُ جَارِيَةً، ولا يعتق بعتق الأم.

وإن قلنا: يَثْبُتُ، فَحَقُّ المِلْكِ فيه لمن هو؟

---

(١) في أ: قول.
(٢) سقط في: ز.
(٣) سقط في: ز.

فيه قولان:

أشبههما: عند الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: أنه للسَّيِّدِ، كما أن حَقَّ المِلْكِ في الأم له، وكما أن حَقَّ المِلْكِ في وَلَدِ أم الولد للسيد.

والثاني: وهو اختيار المُزَنِيِّ ـ: إنه لِلْمُكَاتَبَةِ؛ لأنه يتكاتب عليها، فيكون حَقُّ الملك فيه لها، كما أن حَقَّ المِلْكِ في المكاتب للسيد، ولأنه لو كان للسَّيِّدِ لما عتق بعتقها.

ويَتَفَرَّعُ على القولين صور:

منها: إذا قُتِلَ الوَلَدُ، فعلى القول الأول تكون القِيمَةُ للسَّيِّدِ كقيمة الأم [لو قتلت][1]، وعلى الثاني تكون لِلْمُكَاتَبَةِ تَسْتَعِينُ بها في أداء النجوم. وحكى الصَّيْدَلاَنِيُّ وَجْهاً: أنها تكون للسَّيِّدِ أيضاً؛ لأن القَتْلَ يقطع أَثَرَ الكِتَابَةِ، فيموت رَقِيقاً له.

والأظهر: الأول.

ومنها: كَسْبُ الولد، وأَرْشُ الجناية عليه فيما دون النَّفْسِ، ومهر الوطء بالشُّبْهَةِ إذا ولدت المُكَاتَبَةُ جَارِيَةً؛ ما حكمها؟

إن قلنا بالقول الأول؛ فقد قيل: إنها تُصْرَفُ إلى السيد، بلا تَوَقُّفٍ، كما تُصْرَفُ إليه القِيمَةُ إذا قتل على هذا القول.

والصحيح: أنها تُوقَفُ، فإن عُتِقَتْ المُكَاتَبَةُ، وعُتِقَ الوَلَدُ، فهي له وإلاَّ فهي للسيد[2]، كما أن كَسْبَ الأم إذا عُتِقَتْ يكون لها، وإلاَّ فللسيد.

وأيضاً؛ فإنا ـ وإن جعلنا حَقَّ المِلْكِ فيه للسيد ـ فليس له التَّصَرُّفُ فيه بالبيع وغيره، بل يتوقف إلى أن يتبين أمره في الحُرِّيَّةِ والرق، فليكن كَسْبُهُ كَنَفْسِهِ.

ثم إن أَرَقَّتِ الأُمُّ نفسها مع القُدْرَةِ على أَدَاءِ النجوم؛ فقال الوَلَدُ: أُؤَدِّي نجوم أُمِّي من كَسْبِي لِتُعْتَقَ فَأعتق.

قال في «النهاية»: لا يُمَكَّنُ منه؛ لأنه تَابِعٌ لا اخْتِيَارَ له في العِتْقِ.

وإن عَجَزَتْ وأَرَادَتْ أن تأخذ من كَسْبِ وَلَدِهَا المَوْقُوفِ، وتستعين به في أداء النجوم؛ فهل تجاب؟

فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ لأنها إذا رُقَّتَ رُقَّ الوَلَدُ، وأخذ السيد كَسْبَهُ، وإذا عُتِقَتْ عتق،

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: فللسيد.

وقد يَفْضُلُ شيء من الكَسْبِ، ففي إجابتها حَظٌّ للولد.

وأصحهما: على ما ذكر الإِمَامُ: المَنْعُ؛ لأنه لا حَقَّ لها في كَسْبِهِ على هذا القول، فإن مات الوَلَدُ في دَوَامِ التَّوَقُّفِ، ارتفع الوَقْفُ، وصرف الموقوف إلى السَّيِّدِ على هذا القول.

وإن قلنا بأن حَقَّ المِلْكِ فيه للأُمِّ؛ فالكَسْب والأَرْشُ والمَهْرُ لها تَسْتَعِينُ بهما في أَدَاءِ النُّجُومِ، وتصرف ما يحصل إليها يَوْماً بيوم، بلا تَوَقُّفٍ.

ومنها: نَفَقَةُ الوَلَدِ على[1] السيد، إن قلنا: يُصْرَفُ الكَسْبُ إليه في الحال وإن قلنا: يُوقَفُ فينفق عليه من كَسْبِهِ، ويعالج جرحه، ويكفي مؤناته فما فضل فهو الذي يُوقَفُ. فإن لم يَكُنْ له كَسْبٌ أو لم يف بالنَّفَقَةِ؛ ففيه وجهان:

أصحهما: أنها على السَّيِّدِ؛ لأن حَقَّ الملك له.

والثاني: ينفق عليه من بَيْتِ المال؛ لأن تَكْلِيفَهُ النَّفَقَةَ من غَيْرِ أن يصرف إليه الكَسْبُ في الحال إِجْحَافٌ به.

وإن قلنا: إنه يصرف الكسب إلى الأُمِّ، فالنَّفَقَةُ عليها.

ومنها: لو أَعْتَقَ السَّيِّدُ الوَلَدَ؛ فإن قلنا: حَقُّ الملك له، وقلنا: إن الكَسْبَ يُصْرَفُ إليه في الحال، أو قلنا: يوقف، ومَنَعْنَاهَا من أَخْذِهِ لأداء النجوم، فَيَنْفُذُ إِعْتَاقُهُ.

وإن جَوَّزْنَا لها الاسْتِعَانَةَ بالموقوف؛ فوجهان:

أظهرهما: أنه لا يَنْفُذُ؛ لئلا يقطع حقها من كَسْبِهِ.

وإن قلنا: إن حَقَّ المِلْكِ في الولد للأم لم يَنْفُذْ إِعْتَاقُهُ.

وقوله في الكتاب: «وينفذ إعتاقه»؛ يجوز أن يُعَلَّمَ بالواو؛ لما ذكرنا من الوجهين في نُفُوذِ العِتْقِ، إن جَوَّزْنَا لها الاسْتِعَانَةَ بالكَسْبِ الموقوف، مع التفريع على أن حَقَّ المِلْكِ فيه للسَّيِّدِ، بل إذا رُقَّ بِرِقِّ الأم[2]، فَكَسْبُهُ مَصْرُوفٌ للسيد، سواء قلنا: إن حَقَّ المِلْكِ فيه للسيد، أو للأم.

وقوله: «أما ولد المكاتب من جَارِيَتِهِ...» إلى آخره، فاعلم أنه لما ذَكَرَ القَوْلَيْنِ في وَلَدِ المُكَاتَبَةِ، أراد أن يُبَيِّنَ أن وَلَدَ المُكَاتَبِ من جَارِيَتِهِ يُفَارِقُ حُكْمُهُ حُكْمَ وَلَدِ المكاتبة، فَحَقُّ المِلْكِ فيه لِلْمُكَاتَبِ، بلا خلاف، حتى يصرف كَسْبُهُ إلى المُكَاتَبِ، بلا خلاف، ولا يَنْفُذُ إِعْتَاقُ السَّيِّدِ فيه، ونفقته على المُكَاتَبِ، وإنما كان كذلك؛ لأن هذا

---

(١) في أ: إلى.

(٢) في أ: الولد.

الوَلَدَ وَلَدَتْهُ أَمَتُهُ، وهي ملك له، وإذا وَلَدَتْ أَمَةُ المُكَاتَبِ من زِناً أو نِكَاحٍ، فهم عَبِيدُهُ، نَازِلُونَ مَنْزِلَتَهُ، كسائر أَكْسَابِهِ، وهذا بِمَثَابَتِهِمْ، إلاَّ أنه لا يَتْبَعُهُ، ويتكاتَب عليه بِسَبَبِ القَرَابَةِ، فيعتق بِعِتْقِهِ، ويُرَقُّ بِرِقِّهِ.

فإذا عتق المكاتب، وتَبِعَهُ هذا الوَلَدُ، وفي يده كَسْبٌ، فالكَسْبُ لِلْمُكَاتَبِ لا للولد. ولو كان للولد تَوَقُّفٌ؛ فلو جَنَى هذا الوَلَدُ جِنَايَةً، وتَعَلَّقَ الأَرْشُ بِرَقَبَتِهِ، فقد حكى الإِمَامُ عن العِرَاقِيِّينَ ـ رحمهم الله ـ أنه إن كان له كَسْبٌ فله أن يَفْدِيَهُ من كَسْبِهِ، وإن لم يكن له كَسْبٌ، وأراد بَيْعَهُ، فله أن يبيع كُلَّهُ ـ وإن زاد على قَدْرِ الأَرْشِ ـ ثم يَصْرِفُ قَدْرَ الأَرْشِ إلى المَجْنِيِّ عليه، ويأْخُذُ الباقي.

ثم غَلَّطَ مَنْ صَارَ إليه، وقال: الصحيح أنه لا يَفْدِي وَلَدَهُ ـ وإن كان يَفْدِيهِ من كَسْبِهِ ـ لأن كَسْبَ الوَلَدِ كَسَائِرِ أَمْوَالِ المُكَاتَبِ، والفِدَاءُ كالشراء، فليس له صَرْفُ المال الذي يملك التَّصَرُّفَ فيه إلى غَرَضِ وَلَدِهِ، الذي لا يملك التصرف فيه، فإنه بِمَثَابَةِ التَّبَرُّعِ.

قال: والصحيح أنه إذا بَاعَ لا يبيع منه إلاَّ قَدْرَ الأَرْشِ، كما أن العَبْدَ المَرْهُونَ إذا جَنَى يُبَاعُ منه بِقَدْرِ الجِنَايَةِ، ولا يزاد.

وَلْيُعَلمْ لما بَيَّنَّا قوله في الكتاب: «لم يكن له أن يَفْدِيَهُ»، بالواو، وقوله: «فإنه لا ينفذ تصرفه في ولده». هذا تَوْجِيهُ إِلْحَاقِ الفِدَاءِ بالشراء المعنى أنه لا يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ في الوَلَدِ إذا فَدَاهُ، بل يتكاتب عليه كما لا ينفذ إذا اشْتَرَاهُ، وكما لا يَصْرِفُ المال الذي يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيه بالبيع ونحوه إلى شِرَاءِ الولد، لا يَصْرِفُهُ إلى فِدَائِهِ.

وفي بعض النُّسَخِ: «ولا ينفذ تصرفه في مستولده»[1] وهو صحيح أيضاً؛ المعنى: أن ولده من جَارِيَتِهِ، كَسَائِرِ عَبِيدِهِ وأَكْسَابِهِ؛ إلاَّ أنه إذا جَنَى لم يكن له فداؤه، وإلاَّ إنه لا يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ فيه بالبيع ونحوه، بل يَتَكَاتَبُ عليه. وولد المُكَاتَبَةِ من عَبْدِهَا يُشْبِهُ أن يكون كولد المكاتب من جَارِيَتِهِ، وأَوْلاَدُ بِنْتِ المُكَاتَبَةِ كأولادها.

فرعان:

أحدهما: إذا اختلف السَّيِّدُ والمُكَاتَبَة في ولدها؛ فقال السيد: وَلَدَتْهُ قبل الكتابة فهو رَقِيقٌ. وقالت: بعد الكِتَابَةِ. وقد يكاتب تَفْرِيعاً على القَوْلِ الأظهر، وكان كُلُّ واحد من الأمرين محتملاً، فإن أَقَامَ أحدهما بَيِّنَةً قضى بها.

قال في «التهذيب»: وإذا أقام السيد أَرْبَع نِسْوَةٍ على ما يقوله، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُنَّ؛ لأنها شَهَادَةٌ على الوِلاَدَةِ، والملك يثبت ضِمْناً. وإن أقام كُلُّ واحد منهما بَيِّنَةً على ما

---

(١) في ز: ولده.

يقوله؛ فالصُّورَةُ من صور التَّقَاصِّ، وإن لم تكن بَيِّنَةٌ، فَيُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ؛ لأنه اخْتِلَافٌ في وقت الكتابة، فَيُصَدَّقُ فيه السيد، كالاختلاف في أَصْلِ الكتابة.

ولأن الأصل جَوَازُ التَّصَرُّفِ فيما يحدث من مِلْكِهِ، وهي تدعي حُدُوثَ مانع منه.

والثاني: زَوَّجَ أَمَتَهُ من عبده، ثم كاتب العَبْدَ، ثم باع منه زَوْجَتَهُ، وأتت بِوَلَدٍ، واختلف السَّيِّدُ والمُكَاتَبُ:

فقال السيد: وَلَدَتْ قبل الكتابة، فهو قِنٌّ لي.

وقال المُكَاتَبُ: بل بعد الكِتَابَةِ والشراء.

وقد تكاتب فيصدق المُكَاتَبُ بِيَمِينِهِ، بخلاف ما ذكرنا في الفَرْعِ السابق؛ لأن المُكَاتَبَ هناك يَدَّعِي مِلْكَ الوَلَدِ؛ لما مَرَّ أن ولد أَمَتِهِ ملكه، ويَدُهُ مُقِرَّةٌ على هذا الوَلَدِ، واليد تَدُلُّ على المِلْكِ، فصار كما لو كان في يَدِهِ مَالٌ، وادَّعَاهُ السيد، والمُكَاتَبَةُ هناك لا تَدَّعِي المِلْكَ، ولا تقر يدها على الوَلَدِ، وإنما تدعي تَوَقُّفَ أَمْرِهِ، وثُبُوتَ حكم الكتابة فيه، ولا دِلاَلَةَ لِلْيَدِ على ما يَدَّعِيهِ.

آخر: حكى الصَّيْدَلاَنِيُّ أن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ قال: لو أَتَتْ بِوَلَدَيْنِ؛ أحدهما قبل الكتابة، والآخَرُ بعدها؛ فهما للسَّيِّدِ، لأنهما حَمْلٌ وَاحِدٌ، وكذا لو أَتَتْ بأحدهما من يَوْمِ مِلْكِ الأُمِّ، لأقل من ستة أشهر، وبالآخر لأكثر فهما للسَّيِّدِ.

وإن الشيخ أبا زيد أَفْتَى بذلك.

والصَّحِيحُ أن كَلاَمَ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ [مُؤَوَّلٌ]، وأن الحَمْلَ يتبع الأم في البيع؛ كيف كان، حتى لو وضعت وَلَداً، وفي بَطْنِهَا آخر فبيعت، فالولد الثاني مَبِيعٌ معها، وإن كان الأوّل لِلْبَائِعِ.

هذا ما أَوْرَدَهُ صاحب «التهذيب»[1].

---

(١) قال الشيخ البلقيني: الذي رأيت في الأم في باب ولد المكاتب من أمته ولو أقام السيد البينة على ولدين ولد المكاتبة في بطن أحدهما ولو قبل الكتابة والآخر بعدها كانا مملوكين للسيد؛ لأنه إذا رق له أحدهما رق الآخر؛ لأن حكم الولدين في البطن حكم واحد، انتهى وهو صريح في مسألة من باع أمة قد وضعت عنده ولداً ثم وضعت آخر لدون ستة أشهر من وضع الحمل من أن الحمل الثاني يكون للبائع، انتهى. وقال الخادم: قضيته أنا إذا حكمنا بكون الثاني للبائع تصحيح البيع، وقال الإمام ثم إذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع في الأم على ظاهر المذهب كما لو باع جارية حاملاً بولد حر وكما لو باع جارية حاملاً، واستثنى حملها وخالفه ابن الرفعة في كتاب البيع وقال لم يصح على ظاهر المذهب لأنه يشبه بيع الجارية الحامل بحر من حيث إن البائع لم يستثنه وإنما الشرع استثناه وقد اختلف في المرجح.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرْعٌ: إِذَا وَطِىءَ السَّيِّدُ مُكَاتَبَتَهُ فَقَدْ تَعَدَّى وَلَكِنْ لاَ حَدَّ، وَيَجِبُ المَهْرُ (و م) وَقِيمَةُ الوَلَدِ إِنْ قُلْنَا: إِنَّ وَلَدَهَا كَسْبُهَا، فَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ بَعْدِ العَجْزِ وَالرِّقِّ أَوْ بَعْدَ العِتْقِ فَلاَ شَيْءَ لَهَا ثُمَّ هِيَ مُسْتَوْلَدَةٌ وَمُكَاتَبَةٌ، فَإِنْ أَدَّتِ النُّجُومَ عُتِقَتْ وَإِلاَّ عُتِقَتْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَمْنُوعٌ من وطء مُكَاتَبَتِهِ لاختلال مِلْكِهِ فيها، ولو شرط في الكِتَابَةِ أن يَطَأَهَا، فَسَدَ العَقْدُ؛ خِلاَفاً لمالك، حيث قال: يَصِحُّ العَقْدُ ويَلْغُو الشَّرْطُ.

ولأحمد حيث قال بِصِحَّتِهَا.

ثم إن خَالَفَ ما ذكرناه وَوَطِىءَ مُكَاتَبَتَهُ، فلا حَدَّ عليه، سواء كان عالماً بالتَّحْرِيمِ، أو جَاهِلاً؛ لأن له فيه مِلْكاً. وإن كان ضَعِيفاً؛ ألا تَرَى أنه يَنْفُذُ إِعْتَاقُهُ فيها، ويجيء قَوْلٌ قديم في وجوب الحَدِّ، ذكرناه في كتاب «حَدِّ الزِّنَا» وقد أشار إليه أبو الفَرَجِ السَّرَخْسِيُّ ها هنا، فيجوز أن يُعَلَمَ قوله: «ولكن لا حد» بالواو ويُعَذَّرُ إنْ كان عَالِماً بالتَّحْرِيم. وكذلك المكاتبة. وفي كتاب القَاضِي ابْنِ كَجٍّ حِكَايَةُ وَجْهٍ: أنه يُعَزَّرُ، وإن كان عَالِماً للشُّبْهَةِ في المَحَلِّ، وحَقُّ هذا أن يَطَّرِدَ في نَظَائِرِهِ.

ويجب المَهْرُ في صُورَتَي العِلْمِ والجهل، إن كانت هي مُكْرَهَةً، وإن طَاوَعَتْهُ.

ففي وجه: لا يجب المَهْرُ؛ لأنها هَدَرَتْ نفسها بلا عِوَضٍ وعن «المنهاج»: تَرْجِيحُ هذا الوجه. والصَّحِيحُ؛ وهو المَنْصُوصُ في «الأُمِّ» أنه يجب مع الطَّوَاعِيَةِ؛ لأن المُسْقِطَ لِلْحَدِّ شُبْهَةُ المِلْكِ، وهي تَقْتَضِي وُجُوبَ المَهْرِ، مع الطَّوَاعِيَةِ، كشبهة المِلْكِ.

وعن مالك: أنه لا حَدَّ بِحَالٍ.

لنا: أن مَنَافِعَ بُضْعِهَا لها؛ ألا ترى أنه لو وَطِئَهَا غيره بِشُبْهَةٍ، كانَ المَهْرُ لها، وإذا وجب المَهْرُ، فلها أَخْذُهُ في الحال، وإن حَلَّ عليها نجوم وهما من جِنْسٍ واحد، فعلى الخلاف في التَّقَاصِّ. وإن عَجَزَتْ قبل أَخْذِهِ سَقَطَ، وإن عُتِقَتْ بأداء النجوم، فلها المُطَالَبَةُ به، ولو أن السَّيِّدَ أَوْلَدَهَا، فالولد حُرٌّ؛ لأنها علقت به في ملكه، وتصير هي مُسْتَوْلَدَةً له. وهل عليه قِيمَةُ الوَلَدِ؟

إن قلنا: إن وَلَدَ المُكَاتَبَةِ قِنٌّ لِلسَّيِّدِ، أو قلنا: يتكاتب [عليه][1]، لكن حَقَّ المِلْكِ فيه للسيد، فلا شَيْءَ عليه، كما لو قتل ولد المكاتبة.

وإن قلنا: الحَقُّ لها؛ فعليه القِيمَةُ، وتَسْتَعِينُ المُكَاتَبَةُ بها، فإن عَجَزَتْ قبل الأَخْذِ

---

(١) سقط في: ز.

سقطت، وإن عُتِقَتْ أخذ بها. وإن وَلَدَتْ بعدما عَجَزَتْ، ورُقَّتْ، فلا شَيْءَ لها، وكذا لو وَلَدَتْ بعد ما عُتِقَتْ؛ لأن حين يقدر تقومه ليس بكَسْبِ مكاتبه.

وقوله في الكتاب: «أو بعد العتق» في بعض النسخ: «أو[1] بعد موت السيد»؛ فإنها تعتق بِمَوْتِهِ من جهة أنها مُسْتَوْلَدَةٌ، ثم لا ترتفع الكِتَابَةُ بإيلاَدِهَا، بل هي مُسْتَوْلَدَةٌ ومُكَاتَبَةٌ. فإن عَجَزَتْ ثم مات السَّيِّدُ، عتقت عن الاسْتِيلاَدِ، والأولاد الحَادِثُونَ بعد الاسْتِيلاَدِ بالنِّكَاحِ أو الزِّنَا يَتْبَعُونَهَا، والحَاصِلُونَ قبل الاستيلاد أرقاءُ للسيد.

فإن[2] مات السَّيِّدُ قبل عَجْزِهَا عُتِقَتْ.

قال في «التهذيب»: ويتبعها أَكْسَابُهَا، ويُعْتَقُ عن الكتابة أو الاستيلاد فيه وجهان:

أصحهما: عن الكتابة؛ كما لو أعتق السَّيِّدُ المُكَاتَبَ، أو أَبْرَأَهُ عن النجوم وعلى هذا: فالأولاد الحَادِثُونَ بعد الكِتَابَةِ، وقبل الاسْتِيلاَدِ؛ هل يَتْبَعُونَهَا؟ فيه الخلاف السابق.

والثاني: أنها تُعْتَقُ عن الاسْتِيلاَدِ؛ لأنه آكَدُ.

وأجرى هذا الخلاف فيما إذا عَلَّقَ عِتْقَ المُكَاتَبِ بِصِفَةٍ، ووجدت [الصفة][3] قبل أَدَاءِ النُّجُومِ، وفيما إذا تَقَدَّمَ الاسْتِيلاَدُ على الكتابة.

قال في «التهذيب»: وإذا اسْتَوْلَدَ، ثم كاتب، وأَدَّت النجوم، فالأَكْسَابُ الحَاصِلَةُ بعد الكتابة تَتْبَعُهَا، والحَاصِلَةُ قبل الكِتَابَةِ للسيد، والأولاد الحَاصِلُونَ بعد الاسْتِيلاَدِ يَتْبَعُونَهَا، وهذا مَبْنِيٌّ على أن كتابة المُسْتَوْلَدَةِ جائزة، وفيه خِلاَفٌ قد تَقَدَّمَ.

«فرعان»:

أحدهما: ليس للسَّيِّدِ وَطْءُ أَمَةِ مُكَاتَبِهِ، أو مكاتبته، فإن وَطِئَهَا فلا حَدَّ عليه؛ للشُّبْهَةِ؛ فإنه يملك سيدها، ويلزمه المَهْرُ للمكاتب أو المكاتبة، فإن أَكْسَابَهَا لِسَيِّدِهَا وَالمَهْرُ مِنْ أَكْسَابِهَا.

وإن أَوْلَدَهَا فَالوَلَدَ حُرٌّ نَسِيبٌ، وتصير الأَمَةُ مُسْتَوْلَدَةً له.

قال في «الشامل»: ويجب عليه قِيمَتُهَا لِسَيِّدِهَا؛ لأنها ملكه، ولا يجب عليه قِيمَةُ الوَلَدِ؛ لأنها وَضَعَتْهُ في مِلْكِهِ. ويجيء فيه الخِلاَفُ الذي[4] سبق.

والثاني: للسيد وَطْءُ بِنْتِ المُكَاتَبَةِ، إن لم يثبت حُكْمُ الكتابة في ولد المُكَاتَبَةِ،

---

(١) في أ: أي.
(٢) في ز: وإن.
(٣) سقط في: ز.
(٤) وهذا الذي نقله عن صاحب الشامل قد قاله الشيخ أبو حامد وغيره من العراقيين وما حاوله من مجيء الخلاف هنا ممنوع.

وإن أَثْبَتْنَاهُ، فليس له وطؤها، ولكن لا حَدَّ عليه، والمَهْرُ يُبْنَى على الخلاف الذي سبق[١] في الكَسْبِ؛ إن قلنا: إنه يُصْرَفُ إلى السَّيِّدِ في الحال؛ فلا مَهْرَ عليه.

وإن قلنا: إنه لِلأُمِّ فكذلك المَهْرُ، وإن قلنا بالتَّوَقُّفِ؛ فينفق منه عليها ويُوقَفُ البَاقِي، فإن عتقت بِعِتْقِ الأُمِّ، فهو لها؛ وإن عَجَزَتْ، فهو للسَّيِّدِ.

وإن أَوْلَدَهَا صارت مُسْتَوْلَدَةً، والولد حُرٌّ نَسِيبٌ، ولا يجب عليه قيمة المُسْتَوْلَدَةِ لأمها؛ لأن الأُمَّ لا تملكها، وإنما يَثْبُتُ لها حَقُّ العِتْقِ بِعِتْقِ الأم، وقد تَأَكَّدَ ذلك بالاسْتِيلاَدِ. هكذا ذكر ابْنُ الصَّبَّاغِ، وقد سبق[٢] في مِثْلِهَا قولان، في أنه: هل تجب القِيمَةُ للأُمِّ؟ فينبغي أن يكون هَا هُنَا كذلك.

قال في «التهذيب»: ويبقى حُكْمُ الكِتَابَةِ فيها حتى تعتق بعتق الأم، ويكون الكَسْبُ لها إذا[٣] جعلنا حَقَّ العيْنِ فيها لِلأُمِّ.

فإن مات السَّيِّدُ، عتقت البِنْتُ بِمَوْتِهِ، وتؤخذ القِيمَةُ من تَرِكَتِهِ للأم، إذا جعلنا الحَقَّ لها، كما في القَتْلِ، وقِيمَةُ الوَلَدِ على ما ذكرنا في وَلَدِ المكاتب ويَتَعَلَّقُ بالفَضْلِ مسألة طويلة الذَّيْلِ، أفرد لها في «المختصر» باباً صالحاً، وهي: القَوْلُ في الأَمَةِ المُشْتَرَكَةِ، إذا كَاتَبَهَا مَالِكَاهَا مَعاً، ثم وَطِئَهَا أَحَدُهُمَا، فحكم الحَدِّ، والتَّعْزِيرِ، وَلُزُومُ المَهْرِ على الوَاطِىءِ، كما ذكرنا في المَالِكِ الواحد.

ثم إن لم يحل عليها نَجْمٌ، فلها المَهْرُ في الحال، وإن حَلَّ فإن كان مَعَهَا مِثْلُ المَهْرِ فيدفعه إلى الَّذِي لم يطأ، وفي المَهْرِ، ونَصِيبِ الواطىء من النَّجْمِ الذي حَلَّ الخِلاَفُ في التَّقَاصِّ. وإن لم يكن مَعَهَا شَيْءٌ آخر، فنصف النَّجْم لِلْوَاطِىءِ، مع المَهْرِ، على الخلاف في التَّقَاصِّ، والنِّصْفُ الآخر يُدْفَعُ إلى الذي لم يَطَأْ.

وإن عُتِقَتِ المُكَاتَبَةُ قبل أخذ المَهْرِ، وصَيْرُورَتِهِ قِصَاصاً، أَخَذَتْهُ. وإن عجزت بعد أَخْذِهِ، فإن بَقِيَ فهو للسَّيِّدِ، وإن تَلِفَ، فقد تَلِفَ في[٤] ملكهما.

وإن عَجَزَتْ قبل أَخْذِهِ؛ فإن كان في يَدِهَا بِقَدْرِ المَهْرِ، مال أخذه الذي لم يَطَأْهَا، وبَرِئَتْ ذِمَّةُ الوَاطِىءِ، وإن لم يَكُنْ معها شَيْءٌ، فللذي لم يَطَأْ أن يَأْخُذَ نِصْفَ المَهْرِ من الوَاطِىءِ؛ لأنه وَطِىءَ جَارِيَةً مشتركة بينهما، فإن أَحْبَلَهَا نُظِرَ: إن ادَّعَى الاسْتِبْرَاءَ، وحَلَفَ عَلَيْهِ، وأتَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أشهر، فصاعداً من وقت الاسْتِبْرَاءِ لم يَلْحَقْهُ، وهو كولد المكاتبة من الزوج، أو الزِّنَا، وقد مَرَّ حُكْمُهُ.

---

(١) في ز: السابق.
(٢) في أ: ذكر.
(٣) في ز: إن.
(٤) في ز: من.

وإن لم يَدَّعِ الاستبراء وأَتَتْ بالوَلَد لما دُونَ سِتة أشهر، فالوَلَدُ مُلْحَقٌ به، ويَثْبُتُ الاسْتِيلاَدُ في نَصِيبِهِ من الأَمَةِ، مع بَقَاءِ الكِتَابَةِ فيه، ثم هو: إما مُعْسِرٌ أو مُوسِرٌ.

إن كان مُعْسِراً، فلا يَسْرِي الاسْتِيلاَدُ إلى نَصِيبِ الشريك، وليس فيه إلاَّ الكِتَابَةُ به، فإن أَدَّت النجوم إليهما، عُتِقَتْ بالكِتَابَةِ، وبطل حُكْمُ الاسْتِيلاَدِ، وإن عَجَزَتْ وفَسَخَا الكتابة، فنصفها قِنٌّ، والنِّصْفُ الآخر على حُكْم الاستيلاد. وإن مات الوَاطِئ قبل الأَدَاءِ والفسخ، عُتِقَ نِصْفُهَا، وبقيت الكِتَابَةُ في النِّصْفِ الآخرِ، فإن مات بعد الفَسْخِ، عُتِقَ النِّصْفُ، والباقي قِنٌّ، وفي الولد وجهان:

أحدهما: ـ وبه قال ابن أبي هُرَيْرَةَ ـ: أنه يَنْعَقِدُ كله حُرّاً، لِشُبْهَةِ المِلْكِ؛ لأن الرِّقَّ لا يَتَبَعَّضُ ابْتِدَاءً.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق ـ: نصفه حُرٌّ، ونصفه رَقِيقٌ؛ لأن أَحَدَ نِصْفَي الجَارِيَةِ ليس له، ولو لم تكن كلها له لَكَانَ الوَلَدُ رَقِيقاً، فإذا لم يكن نِصْفُهَا له، كان بعضه[(١)] رَقِيقاً. وفي «التهذيب»: أن هذا أَصَحُّ. وقد سبق للصورة نَظَائِرُ.

فإن قلنا: إنه يَنْعَقِدُ كله حُرّاً، وفرَّعنا على أن وَلَدَ المكاتبة قِنٌّ للسيد؛ فَعَلَى الوَاطِئِ نِصْفُ قِيمَةِ الوَلَدِ للشَّرِيكِ الآخر، ويسقط قِسْطُهُ منها.

وإن قلنا: يثبت فيه حُكْمُ الكِتَابَةِ، وجعلنا الحَقَّ فيه لِلسَّيِّد، فكذلك الجَوَابُ، وإن جعلنا الحَقَّ لِلْمُكَاتَبَةِ، فعليه جميع قِيمَةِ الوَلَدِ [لها][(٢)] تستعين بها في أَدَاءِ النُّجُومِ.

فإن عتقت قبل [أخذها][(٣)] أخذتها، وإن عَجَزَتْ قبل الأَخْذِ، أَخَذَ الشريك الآخر نِصْفَهَا، وسقط النِّصْفُ.

وإن قلنا: يَنْعَقِدُ نِصْفُهُ حُرّاً، ونصفه رَقِيقاً؛ فإن جَعَلْنَا وَلَدَ المُكَاتَبَةِ قِنّاً للسيد، فالنصف الرَّقِيقُ للشريك، ولا يَجِبُ شَيْءٌ من قِيمَةِ الولد على الوَاطِئِ.

وإن أثبتنا حُكْمَ الكِتَابَةِ في وَلَدِ المُكَاتَبَةِ؛ فالنِّصْفُ الرَّقِيقُ يتكاتب عليها؛ إن عُتِقَتْ عُتِقَ، وإلاَّ رُقَّ للشريك الآخر. وقيمة النصف الحُرِّ؛ هل تجب على الوَاطِئِ؟ يُبْنَى على أن الحَقَّ في وَلَدِ المكاتبة للسيد [أَوْ لَهَا][(٤)].

إن قلنا بالأول لم يجبْ، وإلاَّ وَجَبَ، ثم إن عُتِقَتْ، عُتِقَ الولد، وسُلِّمَ لها نِصْفُ القيمة، فتأخذه إن لم تَكُنْ أَخَذَتْ.

وإن عَجَزَتْ سَقَطَ عنه، فإن كان قد وَقَعَ اسْتَرَدَّهُ إن كان باقياً فإن كان مُوسِراً سَرَى

---

(١) في أ: كله.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: أحدهما.
(٤) سقط في: ز.

الاسْتِيلاَدُ إلى نَصِيبِ الشَّرِيك، وكان الولد كله حُرّاً، ومتى يَسْرِي؟ فيه طريقان:

قال الأكثرون: فيه قَوْلاَنِ، كما لو أَعْتَقَ أَحَدُ الشريكين نَصِيبَهُ من المكاتب؛ ففي أَحَدِ القولين: يَسْرِي في الحال.

وفي الثَّانِي: عند العَجْزِ، وعن أبي عَلِيٍّ بن أبي هُرَيْرَةَ وغيره: القَطْعُ بأنه يَسْرِي عند العَجْزِ، والفَرْقُ أن السِّرَايَةَ في الحال تَتَضَمَّنُ نَقْلَ المِلْكِ في المُكَاتَبِ، وفسخ الكتابة.

وإنما احتملنا[(١)] ذلك لِحُصُولِ العِتْقِ النَّاجِزِ، والاسْتِيلاَدُ [ولا ينجز العِتْقَ، فلا يحتمل رَفْعَ الكتابة به، ومن نَصَرَ القَوْلَ الأول قال: كما أن الإِعْتَاقَ النَّاجِزَ أَقْوَى من الكتابة، فالاسْتِيلاَدُ][(٢)] أقوى وأَثْبَتُ فيها، فجاز أن يوقع به.

فإن قلنا بالسِّرَايَةِ في الحال، فَتَنْفَسِخُ الكِتَابَةُ في نَصِيبِ الشَّرِيكِ، ويبقى في نَصِيبِ الوَاطِىءِ، ويثبت الاسْتِيلاَدُ في جميع الجَارِيَةِ، فعلى الواطىء للشريك نِصْفُ مَهْرِهَا، ونِصْفُ قيمتها.

وأما نِصْفُ قِيمَةِ الوَلَدِ؛ فقد قال الإِمَامُ: هو كما لو اسْتَوْلَدَ أحد الشريكين الجَارِيَةَ القِنَّةَ، وانْعَقَدَ الوَلَدُ حُرّاً، وفي وجوب قِيمَتِهِ قولان؛ بِنَاء على أن العَلُوقَ على الحُرِّيَّةِ، وانْتِقَال الملك؛ هل يَفْتَرِقَانِ أم لا؟

وفي «التهذيب»: أنا إن قلنا: إن السِّرَايَة تَحْصُلُ بنفس العَلُوقِ، فلا يجب.

وإن قلنا: يَحْصُلُ بِأَدَاءِ القِيمَةِ، فيجب، لِتَقَدُّمِ العَلُوقِ على المِلْكِ، وعلى الوَاطِىءِ أيضاً نِصْفُ المَهْرِ للمكاتبة؛ لِبَقَاءِ الكِتَابَةِ في نصيبه. وهل يَجِبُ نِصْفُ قيمة الوَلَدِ؟

يُبْنَى على أن المِلْكَ في وَلَدِ المُكَاتَبَةِ لمن هو؟

ولو أَدَّتْ نصيب الوَاطِىءِ من مَالِ الكِتَابَةِ، عتق نصيبه، وسَرَى إلى الباقي. وإن عَجَزَتْ وفَسَخَ الكِتَابَةَ، بقيت مُسْتَوْلَدَةً مُحْصَنَةً.

وإن قلنا بالسِّرَايَةِ عند العَجْزِ؛ فإن أَدَّتِ النُّجُومَ، عُتِقَتْ عن الكتابة، وَوَلاَؤُهَا بينهما، ويبطل حُكْمُ الاسْتِيلاَدِ، ولها المَهْرُ على الوَاطِىءِ فتأخذه إن لم تأخذه ويجب نصف قيمة الولد لِلشَّرِيكِ.

إن قلنا: وَلَدُ المُكَاتَبَةِ قِنٌّ للسيد، أو قلنا: يثبت فيه حُكْمُ الكتابة، وحَقُّ المِلْكِ فيه للسيد. وإن قلنا: الحَقُّ فيه لِلْمُكَاتَبَةِ؛ فيجب جَمِيعُ القِيمَةِ لها.

وإن لم تُؤَدِّ النُّجومَ وعَجَزَتْ؛ فعلى الوَاطِىءِ للشريك نِصْفُ مَهْرِهَا، ونصف

---

(١) في أ: أجملنا. (٢) سقط في: ز.

قيمتها، ونِصْفُ قيمة الولد. هذا تَمَامُ الكَلاَمِ فيما إذا وَطِءَ أَحَدُ الشريكين.

وإن وَطِئَاهَا جميعاً، نُظِرَ: إن لم يَحْصُلْ عَلُوقٌ، فحكم الحَدِّ والتَّعْزِيرِ كما سبق، ويجب على كُلِّ وَاحِدٍ منهما مَهْرٌ كَامِلٌ.

وإذا عَجَزَتْ وَرُقَّتْ بعد قَبْضِ [المهرين](١) لم يُطَالِبْ أَحَدُهُمَا الآخَرَ بشيء، وَيَقْتَسِمَانِ المَهْرَيْنِ إن كانا بَاقِيَيْنِ.

وإن عَجَزَتْ قبل قَبْضِهِمَا سَقَطَ عن كُلِّ وَاحِدٍ منهما نِصْفُ ما لَزِمَهُ، ويَجِيءُ في النِّصْفِ الآخر التَّقَاصُّ.

وقد يكون أَحَدُ المَهْرَيْنِ أَكْثَرَ من الآخر؛ إما لكونها بِكْراً عند وَطْءِ أحدهما، ثَيِّباً عند وَطْءِ الآخَرِ، أو لاختلاف حالها(٢) في الصِّحَّةِ والمرض، وغيرهما من الأَحْوَالِ؛ فيأخذ مُسْتَحِقُّ الفَضْلِ الفَضْلَ.

وإن أَفْضَاهَا أحدهما؛ فعليه نِصْفُ القِيمَةِ للشريك، وإن افْتَضَّهَا فعليه نصف أرش الافْتِضَاضِ مع المَهْرِ.

وإن ادَّعَى كُلُّ واحد منهما على الآخَرِ أنه الذي أَفْضَى، أو افْتَضَّ، حلف كُلُّ واحد منهما للآخر، فإن حَلَفَا فَذَاكَ.

وإن حَلَفَ أحدهما، دون الآخر، قُضِيَ للحالف، وإن حَصَلَ عُلُوقٌ، فينظر: أَأَتَتْ بِوَلَدٍ واحد، أو أَتَتْ بِوَلَدٍ من كل واحد منهما.

الحالة الأولى: إذا أَتَتْ [بولد](٣) واحد؛ فينظر: إن ادَّعَيَا الاسْتِبْرَاءَ، وحَلَفَا عليه، لم يُلْحَقْ بواحد منهما، وهو كَوَلَدٍ تَأْتِي به المُكَاتَبَةُ من زَوْجٍ أو زِناً.

وإن لم يَدَّعِيَا الاسْتِبْرَاءَ؛ فإما ألا يمكن أن يَكُونَ من [كل](٤) واحد منهما، وإما أن يمكن أن يَكُونَ من الأَوَّل؛ دون الثاني.

وأما أن يكون بالعَكْسِ، وإما أن يكون من كُلِّ وَاحِدٍ منهما.

فهذه أربعة أقسام:

الأول: إذا لم يُمْكِنْ أن يكون مِنْ وَاحِدٍ منهما؛ بأن وَلَدَتْهُ لأكثر من أربع سنين من وطء الأول، ولما دُونَ ستة أشهر من وَطْء الثاني، أو لأكثر من أَرْبَعِ سنين من وطء آخِرِهِمَا وَطْئاً، فهو كما لَوِ ادَّعَيَا الاسْتِبْرَاءَ.

---

(١) في ز: المهر.
(٢) في أ: حالهما.
(٣) سقط في: ز.
(٤) سقط في: ز.

وحكم المَهْرِ في الحَالَتَيْنِ كما إذا لم يكن عَلُوقٌ.

والثاني: إذا أَمْكَنَ أن يكون من الأَوَّلِ دُونَ الثاني؛ بأن وَلَدَتْهُ لما بَيْنَ أَقَلّ من مُدَّةِ الحَمْلِ، وأكثرها من وطىء الأول، ولما دون أقلِ مُدَّةِ الحمل من وطء الثاني؛ فالوَلَدُ مُلْحَقٌ بالأول، ويثبت الاسْتِيلادُ في نَصِيبِهِ.

ثم هو: إما مُعْسِرٌ فلا سِرَايَةَ وتبقى الكتَابة في جميعها.

وإن أدَّتِ النجوم، وعُتِقَتْ، فلها على كُلٍّ واحد منهما كَمَالُ المَهْرِ، وإن رُقَّتْ، فنصفها قِنٌّ للثاني، ونَصِيبُ الأول يَبْقَى على حُكْمِ الاستِيلاَدِ، ولكل واحد منهما على الآخر نِصْفُ المهر وهو من صُوَرِ التَّقَاصِّ والخلاف فيه، [وأما الوَلَدُ فكله حُرٌّ، أو يَتَبَعَّضُ فيه الرِّقُّ والحرية؟ فيه الخلاف الذي سبق][1] وإما مُوسِرٌ؛ فالولد حُرٌّ كله، وسَرَى الاسْتِيلاَدُ من نَصِيبِهِ إلى نصيب الشريك، ويعود الخِلاَفُ في أنه يَسْرِي في الحال، أو عند العجز؟

فإن قلنا: يَسْرِي في الحال؛ انْفَسَخَتِ الكِتَابَةُ في نصيب الثاني، وتبقى في نصيب الأول.

وإن قلنا: عند العَجْزِ؛ فإذا عَجَزَتْ وَرُقَّت، ارتفعت الكتابة، وهي مُسْتَوْلَدَةٌ له على القولين.

والحكم فيما إذا أَدَّت النجوم، وعُتِقَتْ على ما سبق فيما إذا وَطِئَهَا أحدهما، وأَوْلَدَهَا، وكذا الحُكْمُ لو عُتِقَتْ بالموت، وما ذكرنا أنه يجب للشريك الآخر على الذي أَوْلَدَهَا من المَهْرِ، وقيمة الجارية، وقيمة الولد تجب ها هنا للثاني على الأول.

وَوَطْء الثَّاني إن كان بعدما حَكَمْنا بِمَصِيرِ جميعها، أم ولد للأول يوجب جميع المهر؛ فإن [بقيت][2] الكتابة في نَصِيبِ الأول، فهو بينه وبين المُكَاتَبَةِ، وإن ارْتَفَعَتْ في نصيبه أيضاً، فجميعه له وإن كان قبل الحكم بِمَصِيرِ جميعها، أم ولد له لم يَلْزَمْهُ إلاَّ نِصْفُ المهر؛ لأن السِّرَايَةَ إذا حَصَلَتْ أخيراً، انْفَسَخَتِ الكِتَابَةُ، وعاد نِصْفُهُ رَقِيقاً، فتكون الأَكْسَابُ له، والمَهْرُ من الأَكْسَابِ، تم ذلك النِّصْفُ للمُكَاتَبَةِ، إن بقيت الكِتَابَةُ في نَصِيبِ الأول، وإلاَّ فهو للأول.

هكذا ضَبَطَ القول فيما يَجِبُ على الثاني جَمَاعَةٌ؛ منهم صاحب «الشامل».

واعلم أن وَطْءَ الثاني إذا وقع بَعْدَ الحُكْمِ بِمَصِيرِ جميعها، أم ولد للأول، فقد وقع بعد ارْتِفَاعِ شُبْهَةِ المِلْكِ، وانقطاع عُلْقَتِهِ عنهَا، وحينئذ فيكون زِناً، والذي أُطْلِقَ من

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: نصيب.

وجوب جَمِيعِ المَهْرِ مُصَوَّرٌ فيما إذا فرضت شُبْهَةٌ أخرى.

وأطلق في «المختصر» قولين في أنه يَجِبُ على الثاني بوَطْئِهِ جَمِيعُ المهر، أو نصفه، وبنى ذلك على أن السِّرَايَةَ تَتَعَجَّلُ، أو تَتَوَقَّفُ على أداء القيمة.

إن قلنا: تَتَعَجَّلُ؛ فعليه جَمِيعُ المَهْرِ؛ لأنه وَطِئَهَا وَالمِلْكُ خَالِصٌ للأول.

وإن قلنا: تتوقف على أَدَاءِ القِيمَةِ؛ فعليه النِّصْفُ؛ لأن الجَارِيَةَ مشتركة بعد.

وعن أبي إِسْحَاقَ: أن الصَّحِيحَ وُجُوبُ الجميع، وأنه اختيار المُزَنِيِّ والشافعي ـ رضي الله عنهما ـ.

والقسم الثالث: إذا أَمْكَنَ أن يكون من الأَوَّلِ دون الثاني، بأن وَلَدَتْهُ لأكثر من أربع سنين من وطء الأول، ولما بَيْنَ أربع سنين وستة أشهر من وطء الثاني؛ فَالْوَلَدُ مُلْحَقٌ بالثاني، ويَثْبُتُ الاسْتِيلاَدُ في نَصِيبِهِ، ولا سِرَايَةَ إن كان مُعْسِراً.

وفي تَبْعِيضِ الحُرِّيَّةِ في الولد الخِلاَفُ السابق.

وإن كان مُوسِراً سَرَى الاسْتِيلاَدُ، إما في الحال، أو عند العَجْزِ على ما سبق، ويجب على الثَّانِي في هذا القِسْمِ ما ذكرنا أنه يجب على الأَوَّلِ في القسم الثاني.

وأما الأول: ففي «التهذيب»: أنه إن كان الثاني مُعْسِراً، فعلى الأول كَمَالُ المَهْرِ للمكاتبة تستعين به في أَدَاءِ النجوم.

وإن كان مُوسِراً؛ فإن قلنا: السراية تَحْصُلُ بعد العَجْزِ، فكذلك الجواب وإن قلنا: تَحْصُلُ في الحَالِ، فَتَنْفَسِخُ الكِتَابَةُ في نصيب الأَوَّل، ولا يجب إلاَّ نِصْفُ المَهْرِ لها تَسْتَعِينُ به في أَدَاءِ نصيب الشريك من النجوم وأَطْلَقَ العِرَاقِيُّونَ والرُّوَيَانِيُّ وغيرهم ـ رحمهم الله ـ أنه لا يَجِبُ على الأول عند يسار الثاني إلاَّ نِصْفُ المهر.

والقسم الرابع: إذا أَمْكَنَ أن يَكُونَ الوَلَدُ من كُلِّ واحد منهما، بأن وَلَدَتْهُ لما بين ستة أشهر وأربع سنين من وَطْءِ كل واحد منهما، وادَّعَيَا الوَلَدَ، أو ادَّعَاهُ أحدهما، فيعرض على [القائف][1]؛ فمن أَلْحَقَهُ به منهما كان الحُكْمُ كما لو تَعَيَّنَ اللُّحُوقُ به، وإن تَعَذَّرَتِ الاستفادة من القَائِفِ، فيعتمد انْتِسَابه بعد البُلُوغ، ويكون الحكم على ما بَيَّنَّاهُ. قال الإمام: ولو فرض ذلك من الأَمَةِ القِنَّةِ، وعرض الولد على القَائِفِ، فَأَلْحَقَهُ بأحدهما، يلحقه الولد يثبت[2] الاسْتِيلاَدُ في نصيبه، ولا يَسْرِي إن كان مُعْسِراً، لكن يَثْبُتُ الاسْتِيلاَدُ في نَصِيبِ الآخر أيضاً بِإِقْرَارِهِ أنها مُسْتَوْلَدَتُهُ.

---

(١) في ز: الغائب.

(٢) في ز: وثبت.

وإن كان مُوسِراً سَرَى، ولا يلزمه للشريك قِيمَةُ نَصِيبِهِ؛ لأنه يَدَّعِي أن الجَارِيَةَ مُسْتَوْلَدَتُهُ، فَيُؤَاخَذُ بِمُوجَبِ إِقْرَارِهِ.

فإذا لم يجد القَائِفُ، والمُتَدَاعِيَانِ مُوسِرَانِ، فيحكم بأن الجَارِيَةَ مُسْتَوْلَدَةً بينهما؛ نِصْفُهَا لهذا، ونِصْفُهَا لهذا، إذ ليس أحدهما بِأَوْلَى من السِّرَايَةِ للآخر.

ولو أقر بالوَطْءِ وسَكَتَا عن دَعْوَى الوَلَدِ، وأَلْحَقَهُ القَائِفُ بأحدهما، ثَبَتَ الاسْتِيلاَدُ في نصيبه، وسَرَى، وعليه أن يَغْرَمَ للشريك؛ لأنه لم يُوجَدْ ها هنا إِقْرَارٌ ينافي الغُرْمَ.

ولو لم يوجد قَائِفٌ، واعتمدنا[1] انتسابه بعد البُلُوغِ؛ فهل يَثْبُتُ الغُرْمُ والصورة هذه؟ فيه تَرَدُّدٌ مَفْهُومٌ من كلام الأصحاب.

الحالة الثانية: إذا أَتَتْ بِوَلَدَيْنِ، وعرفا حالهما، واتَّفَقَا على أن هَذَا من هذا، وهَذَا من هذا، وفيها مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: إذا اتَّفَقَا على السَّابِقِ منهما، فينظر: إن كانا مُوسِرَيْنِ، أو كان الأول مُوسِراً، فتصير الجَارِيَةُ مُسْتَوْلَدَةً للأول، وعليه للثاني نِصْفُ مَهْرِهَا، ونِصْفُ قِيمَتِهَا، وفي وجوب نِصْفِ قيمة الوَلَدِ خِلاَفٌ.

قال في «التهذيب»: إن قلنا: تحصل السِّرَايَةُ بنفس العلُوقِ، فلا يَجِبُ. وإن قلنا: يَتَوَقَّفُ العَجْزُ، أو قلنا: لا يَحْصُلُ إلاَّ بأَدَاءِ القِيمَةِ، فيجب.

وأما الثاني فإن وَطِئَهَا بعد ما صَارَ جميعها مُسْتَوْلَدَةً للأول، وهو عالم بالحال، فعليه الحَدُّ، وولده رَقِيقٌ للأول، وإن كان جَاهِلاً، فالولد حُرٌّ، وعليه تَمَامُ المَهْرِ، وتمام قيمة الولد، يَوْمَ الوَضْعِ، وتكون جميعها للأول، إن ارتفعت الكِتَابَةُ في نصيبه أيضاً، وإن بَقِيَتْ، فنصف المهر له، ونصفه لِلْمُكَاتَبَةِ، ونِصْفُ قيمة الولد [له][2]، ونِصْفُهَا على الخِلاَفِ في ولد المُكَاتَبَةِ.

وإن وَطِئَهَا قبل أن تَصِيرَ جميعها مُسْتَوْلَدَةً للأول، فلا يَلْزَمُهُ إلاَّ نِصْفُ المهر؛ لأن نِصْفَهَا له بَعْدُ، وفي تَبَعُّضِ حرية الولد ما سَبَقَ، فإن لم يَتَبَعَّضْ، فعليه نِصْفُ قيمة الولد، ولا يَثْبُتُ الاسْتِيلاَدُ في نصيب الثاني، وإن بَقِيَ نَصِيبُهُ له؛ لأن الأول اسْتَحَقَّ السِّرَايَةَ، فلا يجوز إِبْطَالُ حَقِّهِ عليه.

وعن القَفَّالِ: أن فيه وجهين، كما لو أَعْتَقَ أَحَدُ الشريكين نَصِيبَهُ وهو مُوسِرٌ.

وقلنا: إن السِّرَايَةَ تَتَوَقَّفُ على أَدَاءِ القيمة، فأعتق الآخر نَصِيبَهُ قبل أدائها.

---

(١) في أ: واعتبرنا.

(٢) سقط في: ز.

وإن كانا مُعْسِرَيْنِ، أو كان الأوّل مُعْسِراً، ثَبَتَ الاسْتِيلاَدُ في نصيبِ الأول، ولم يَسْرِ.

فإذا أحْبَلَهَا الثاني، ثَبَتَ في نَصِيبِهِ أيضاً، وعلى كُلِّ واحد منهما تَمَامُ المَهْرِ للمكاتبة، فإن عَجَزَتْ قبل الأخْذِ، فعلى كل واحد منهما نِصْفُ المهر للشريك الآخر، ومن مَاتَ منهما عُتِقَ نصيبه بحكم الاسْتِيلاَدِ وذكر في «التهذيب»: أن في تبعيض الحرية في وَلَدِ كل واحد منهما الخِلاَفُ السابق، وأما إذا لم تَحْكُمْ بالحريَّةِ في نِصْفِهِ، فهو قِنٌّ للآخر، أو يتكاتب؟ فيه الخِلاَفُ، وأنه لا يَجِبُ على واحد منهما شَيْءٌ من قِيمَةِ الولد.

وفي «أمالي» أبي الفرجِ السَّرَخْسِيِّ أنا إذا قُلْنَا بالتَّبْعِيضِ، فالجواب كذلك. أما إذا قلنا بِحُرِّيَّةِ الجميع، فعلى كُلِّ واحد منهما للآخر نِصْفُ قيمةِ ولده.

ولم يُجْرِ العراقيون وغيرهم الخِلاَفَ في تبعيض الحرية في وَلَدِ كل واحد منهما إذا كان الأول مُعْسِراً، والثاني مُوسِراً، [وحكموا][1] بأن ولد الموسر حُرٌّ كُلُّهُ، والخلاف مَخْصُوصٌ بالمُعْسِرِ.

المسألة الثانية: إذا اخْتَلَفَا في السَّابِقِ منهما فقال كل واحد منهما: أنا أَوْلَدْتُهَا أولاً [ولدي][2] هذا. وكان كل واحد من القَوْلَيْنِ محتملاً، فهما إما مُوسِرَانِ، أو مُعْسِرَانِ، أو أحدهما مُوسِرٌ دون الآخر. والاعتبار في اليَسَارِ والإِعْسَارِ بحالة الإِحْبَالِ:

الحالة الأولى: إذا كانا مُوسِرَيْنِ، كل واحد منهما يَدَّعِي على الآخر جَمِيعَ المَهْرِ، وجميع قيمة وَلَدِهِ؛ لأنه يَقُولُ: وَطِئتَها ـ وهي مُسْتَوْلَدَتِي. أو يَدَّعِي نِصْفَهَا على ما فصلنا في المسألة السَّابقة، وكل واحد يُقِرّ للآخر بِنِصْفِ المَهْرِ، ونِصْفِ قيمة الجَارِيَةِ، فإنه يقول: أَوْلَدْتُهَا، وهي مُشْتَرَكَةٌ، فصارت مُسْتَوْلَدَةً لي، وَيُقِرُّ أيضاً بِنِصْفِ قيمة الولد على الخْتِلاَفِ فيه، وما يُقِرُّ به كُلُّ واحد للآخر من نِصْفِ قيمة الجارية يُكَذِّبُهُ الآخر فيه، ومن أَقَرَّ بِحَقٍّ لغيره، فَكَذَّبَهُ سقط إِقْرَارُهُ به، فتبقى دَعْوَى كل واحد على الآخَرِ في المَهْرِ، وقيمة الولد، فإن اقتضى الحَالُ التَّسْوِيَةَ بينهما لم يَعْظُمْ أَثَرُ الاختلاف، وجاء الكلام في التَّقَاصِّ.

وإن تَفَاوَتَا حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ منهما على نَفْيِ ما يَدَّعِيهِ الآخَرُ.

وفي «التهذيب» وَجْهٌ: أنهما يَتَحَالَفَانِ على النَّفْيِ والإِثْبَاتِ، وإذا حَلَفَا، فلا شيء لواحد منهما على الآخَرِ، وهي مُسْتَوْلَدَةُ أحدهما لا على التَّعْيِينِ، ونَفَقَتُهَا عليهما، فإذا ماتا فهي حُرَّةٌ، والوَلاَءُ مَوْقُوفٌ بينهما، وإن مَاتَ أَحَدُهُمَا؛ فالأَظْهَرُ أنه لا يُعْتَقُ منها شَيْءٌ؛ لجواز أنها مُسْتَوْلَدَةُ الآخر.

---

(١) في ز: وحملوا.
(٢) في أ: وكذا.

وعن [أبوي][(١)] علي بن أبي هريرة والطبري أنه يُعْتَقُ نِصْفُهَا بموت أحدهما، واختاره القَاضِيَانِ: أبو الطيب، والرُّويَانِيُّ، وحكى ذلك عن نَصِّهِ ـ رضي الله عنه ـ في «الأم»، ووجه بأنه كان يملك نِصْفَهَا، وقد أَوْلَدَهَا وَشَكَكْنَا في أن إِحْبَالَ شَرِيكِهِ؛ هل يَسْرِي إلى نَصِيبِهِ، فيعتق نصيبه بالظاهر.

الثانية: إذا كَانَا مُعْسِرَيْنِ، فلا ثَمَرَةَ للاختلاف، والحكم كما لو عرف السابق، وهما مُعْسِرَانِ.

وإذا مات أَحَدُهُمَا، عُتِقَ نصيبه، وَوَلاَؤُهُ لِعَصَبَاتِهِ. وإن ماتا، فالوَلاَءُ لِلْعَصَبَتَيْنِ بالسوية.

وروى الرَّبِيع في «الأم» أن الوَلاَءَ يُوقَفُ، وإن كانا مُعْسَرَيْنِ، وذكر عَامَّةُ الأصحاب أن هذا سَهْوٌ وغَلَطٌ، إما من الربيع، أو من غيره.

وقيل: أراد حَالَةَ المَوْتِ، فلا فَرْقَ حينئذ بين أن يكونا مُوسِرَيْنِ أو مُعْسِرَيْنِ؛ لما ذَكَرْنَا أن الاعْتِبَارَ في اليَسَارِ والإِعْسَارِ بحالة الإِحْبَالِ.

الحالة الثالثة: إذا كان أحدهما [موسراً][(٢)] والآخر [معسراً][(٣)]، فَيَحْلِفُ كل واحد منهما على نَفْيِ ما يَدَّعِيهِ الآخَرُ عليه، ويثبت الاسْتِيلاَدُ لِلْمُوسِرِ في نصيبه، لا يُنَازِعُهُ المُعْسِرُ فيه، ويتنازعان في نصيب المُعْسِرِ، فنصف [نفقتها][(٤)] على الموسر، والنِّصْفُ بينهما. ثم إن مات المُوسِرُ أَوّلاً، عُتِقَ نصيبه، وَوَلاَؤُهُ لِوَرَثَتِهِ.

فإذا مات المَعْسِرُ بعده، عُتِقَ نصيبه الآخر، وَوَلاَؤُهُ مَوْقُوفٌ بينهما. وإن مات المُعْسِرُ أَوَّلاً، لم يعتق منه شَيْءٌ، فإذا مات المُعْسِرُ بعده عُتِقَ كلها، وَوَلاَءُ نِصْفِهَا لِوَرَثَتِهِ، وَوَلاَءُ النِّصْفِ الآخر مَوْقُوفٌ.

قال الصَّيْدَلاَنِيّ: هذا إذا قلنا: لا تَتَوَقَّفُ سِرَايَةُ الاسْتِيلاَدِ على أَدَاءِ القِيمَةِ، فإن قلنا: على أَدَاءِ القِيمَةِ فها هنا لا أَدَاءَ، فتكون الجَارِيَةُ مُسْتَوْلَدَتَهُمَا، ويكون الوَلاَءُ بينهما ولا تَوَقُّفَ.

ولو كان الاخْتِلاَفُ على عَكْسِهِ؛ فقال كُلُّ واحد منهما للآخر: أنت وَطِئْتَ أَوَّلاً، فَسَرَى إلى نصيبي، وهما مُوسِرَان.

قال في «التهذيب»: يَتَحَالَفَانِ، ثم نَفَقَتُهَا عليهما، وإذا مَاتَ أَحَدُهُمَا، لم يعتق نصيبه؛ لاحتمال أن الآخَرَ سَبَقَهُ بالاسْتِيلاَدِ، ويُعْتَقُ نصيب الحَيِّ؛ لأنه أَقَرَّ بأن المَيِّتَ

---

(١) في ز: أبي.
(٢) في ز: معسراً.
(٣) في ز: موسراً.
(٤) في ز: بعضها.

أَوْلَدَ أولاً، وسَرَى إلى نصيبي، وعتق بموته، وَوَلاَءُ ذلك النِّصْفِ مَوْقُوفٌ، فإذا مات الآخر عتقت كلها، وَوَلاَءُ الكل مَوْقُوفٌ.

وإن كان أحدهما مُوسِراً، والآخر مُعْسِراً، فقال المُعْسِرُ: سَرَى إِيلاَدُكَ إلى نصيبي، وقال المُوسِرُ: أنت [أحبلت][1] أولاً، ولم يَسْرِ إلى نصيبي، فَيَتَحَالَفَانِ ثم النَّفَقَةُ عليهما. [فإن مات المُوسِرُ أَوَّلاً، عُتِقَت كلها.

أما نصيب المُوسِرِ فموته، وَوَلاَؤُهُ لعصبته، وأما نَصِيبُ المُعْسِرِ فَبِإِقْرَارِهِ، وَوَلاَءُ نصيبه مَوْقُوفٌ][2] وإن مات المعسر أوّلاً لم يُعْتَقْ منها شَيْءٌ؛ لاحتمال أن المُوسِرَ سَبَقَهُ بالإِحْبَالِ، فإذا مَاتَ المُوسِرُ بعده، عتقت كلها، وَوَلاَءُ نَصِيبِ المُوسِرِ له، وَوَلاَءُ نَصِيبِ المُعْسِرِ مَوْقُوفٌ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الحُكْمُ الخَامِسُ: حُكْمُ الجِنَايَةِ فَإِذَا جَنَى عَلَى أَجْنَبِيٍّ أَوْ عَلَى سَيِّدِهِ يَلْزَمُهُ الأَرْشُ، فَإِنْ زَادَ الأَرْشُ عَلَى رَقَبَتِهِ، فَفِي وُجُوبِ الزِّيَادَةِ قَوْلاَنِ؛ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ، فَلاَ يَبْقَىٰ مُتَعَلَّقٌ سِوَى الرَّقَبَةِ، وَلَوْ جَنَى عَبْدٌ مِنْ عَبِيدِ المُكَاتَبِ، فَلَيْسَ لَهُ فِدَاؤُهُ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ، وَلَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ مُكَاتَبَهُ بَعْدَ الجِنَايَةِ لَزِمَهُ الفِدَاءُ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ، وَلَوْ جَنَى عَلَى السَّيِّدِ فَأَعْتَقَهُ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالأَرْشِ بَعْدَ العِتْقِ، وَلَوْ جَنَى ٱبْنُ المُكَاتَبِ، فَلاَ يَفْدِيهِ، وَلَوْ جَنَى ٱبْنُهُ عَلَى عَبْدِهِ، فَهَلْ يَبِيعُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوِ ٱسْتَحَقَّ المُكَاتَبُ قِصَاصاً عَلَى عَبْدِهِ أَوْ عَبْدِ غَيْرِهِ، جَازَ لَهُ ٱلاسْتِيفَاءُ، وَقِيلَ: يَجِبُ أَخْذُ الأَرْشِ، وَإِنْ لَمْ يَرْضَ السَّيِّدُ بِالقِصَاصِ، وَلَوْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ، أَوْ عَلَى عَبْدِهِ، فَلِلسَّيِّدِ القِصَاصُ، وَلَوْ قُتِلَ المُكَاتَبُ ٱنْفَسَخَتِ الكِتَابَةُ، وَلِلسَّيِّدِ القِيمَةُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه صُوَرٌ نذكرها، وما يَتَعَلَّقُ بها، ولا نُرَاعِي تَرْتِيبَ الكتاب:

إحداها: إذا جَنَى المُكَاتَبُ على أَجْنَبِيٍّ بما يُوجِبُ القِصَاصَ في النَّفْسِ أو الطَّرَفِ، فَلِمُسْتَحِقِّهِ اسْتِيفَاؤُهُ؛ فإن عَفَا على مَالٍ أو كانت الجِنَايَةُ مُوجِبَةً للمال، فينظر إن كان في يَدِهِ مال، وكان الوَاجِبُ مِثْلَ قيمته، أو أَقَلَّ، طُولِبَ به مما في يَدِهِ، وإن كان أكثر، ففيه قَوْلاَنِ، عن رواية صاحب «التقريب» وغيره:

أحدهما: أنه يطالب بِتَمَامِ الأَرْشِ؛ لأنه كالحَيِّ في المُطَالَبَةِ ما دَامَتِ الكتابة بَاقِيَةً.

وأصحهما: أنه لا يُطَالَبُ إلاَّ بِقَدْرِ قِيمَتِهِ؛ لأنه يملك تَعْجِيزَ نَفْسِهِ، وإذا عَجَّزَ نَفْسَهُ، فَلاَ مُتَعَلَّقَ، ولا مَرْجُوعَ إليه، سِوَى الرَّقَبَةِ.

---

(١) في ز: أجلت.

(٢) سقط في: ز.

[ويعبر][1] عن الغرضِ على هذا القول بأنه يُطَالَبُ بأَقَلِّ الأَمْرَيْنِ من قيمته وأَرْشِ الجِنَايَةِ. ويُعَبَّرُ عن القولين أيضاً بأن يُقَالَ: إن لِلْمُكَاتَبِ أن يَفْدِيَ نَفْسَهُ في الجِنَايَةِ، وبكم يَفْدِيَهَا؟ فيه قولان:

أحدهما: بأقل الأَمْرَيْنِ من أرْشِ الجِنَايَةِ والقيمة.

والثاني: بأَرْشِ الجِنَايَةِ بالغاً ما بَلَغَ، لأنه لو عَجَّزَ نَفْسَهُ ربما اشترى بذلك القَدْرِ.

فإن قلنا: [يَفْدِي نَفْسَهُ بأقل الأَمْرَيْنِ، فله ذلك، وإن لم يَرْضَ السيد، وإن قلنا][2]: بالأَرْشِ، وزاد الأَرْشُ على القيمة لم يستقلَّ به، فإن أَذِنَ السَّيِّدُ، فهو على القولين في تَبَرُّعَاتِهِ بالإِذْنِ.

وإن لم يكن في يَدِهِ مَالٌ، وطلب مُسْتَحِقُّ الأَرْشِ تَعْجِيزَهُ، عَجَّزَهُ الحَاكِمُ، ثم يباع كُلُّهُ في الجِنَايَةِ، إن اسْتَغْرَقَ الأَرْشُ قِيمَتَهُ، وإلاَّ فَيُبَاعُ منه بقدر الأَرْشِ، وتبقى الكِتَابَةُ في الباقي، فإذا أدى حِصّته في النجوم، عُتِقَ ذلك القَدْرُ.

ولو أراد السَّيِّدُ أن يَفْدِيَهُ من مَالِهِ، ويستديم الكتابة، فله ذلك، وعلى مُسْتَحِقِّ الأَرْشِ قَبُولُهُ. هذا هو الظَّاهِرُ، وفيه شَيْءٌ قد سبق، يَفْديهِ؟ الجديد: أنه يَفْدِيهِ بالأقل من قِيمَتِهِ وأَرْشِ الجناية.

والقديم: أنه يَفْدِيهِ بالأَرْشِ، وله أن يرجع عن اخْتِيَارِ الفِدَاءِ، ويسلمه للبيع، إلاَّ إذا مَاتَ العَبْدُ بعد اختيار الفِدَاءِ، أو باعه بِإِذْنِ المجنى عليه، بشرط الفِدَاءِ، ويسلمه للبيع، إلاَّ إذا مَاتَ العَبْدُ بعد اختيار الفِدَاءِ فيلزمه الفداء.

قال الرُّوَيَانِيُّ: وإنما شَرَطَ إِذْنَ المجني عليه في البيع؛ لأن قوله: اخْتَرْتُ الفِدَاءَ؛ لا يُسْقِطُ حَقَّهُ من رَقَبَتِ العبد ما لم يُؤَدِّ المال ولو أَبْرَأَهُ السَّيِّدُ عن النجوم، أو أَعْتَقَهُ، فعليه أن يَفْدِيَهُ؛ لأنه فَوَّتَ بالإِعْتَاقِ مُتَعَلَّقَ حَقِّ المجني عليه، فهو كما لو [قتله][3]. وهذا بِنَاءً على نُفُوذِ الإِعْتَاقِ، وهو المَشْهُورُ.

وأشار القاضي ابْنُ كَجٍّ إلى أن فيه خِلاَفاً، كإعتاق العَبْدِ القِنِّ إذا جَنَى.

ويمكن أن نُفَرِّقَ بأن المُكَاتِبَ قد صار مُسْتَحِقَّ العِتْقِ بالكِتَابَةِ قبل الجِنَايَةِ، وإذا أَعْتَقَهُ وَقَعَ العِتْقُ عن الجهة المُسْتَحَقَّةِ، والقِنُّ بخلافه.

وبم يَفْدِيهِ السيد؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على القَوْلَيْنِ: الجديد والقديم.

---

(١) في ز: ويغير.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: قبله.

والثاني: القَطْعُ بأنه يَفْدِيهِ بالأقل، بخلاف حَالِ بَقَاءِ الكتابة؛ فإن الرِّق بَاقٍ هناك، ولو بِيعَ فربما رَغِبَ فيه رَاغِبٌ بأكثر من قِيمَتِهِ، وبعد العِتْقِ فَاتَ هذا التَّوَقُّعُ.

وكما يلزم السَّيِّد فِدَاءُ المُكَاتَبِ الجَانِي بإِعْتَاقِهِ، يلزمه بإِعْتَاقِهِ فِدَاءُ ابن المُكَاتَبِ وأبيه، وإذا تَكَاتَبَا عليه وَجَنَيَا؛ لأنهما يُعْتَقَانِ بإِعْتَاقِهِ.

ولو عُتِقَ المُكَاتَبُ بأداء النجوم، فعليه ضَمَانُ الجِنَايَةِ، ولا يلزم السيد فِدَاؤُهُ، وإن كان هو القَابِضَ للنجوم؛ لأنه مُجْبَرٌ على قَبُولِهَا فالحوالة على المكاتب أَوْلَى، وفيما يلزمه الطَّرِيقَانِ.

ولو جَنَى المُكَاتَبُ جِنَايَاتٍ، وأَعْتَقَهُ السيد، أَوْ أَبْرَأَهُ عن النجوم، فعليه أن يَفْدِيَهُ، وإن أَدَّى النجوم، وعُتِقَ، فضمان الجِنَايَةِ على المُكَاتَبِ.

وما الذي يَلْزَمُهُمَا إِنْ كانت الجِنَايَاتُ مَعاً بِأَنْ قَتَلَ اثنين، فصاعداً بضربة وَاحِدَةٍ، أو هَدَمَ عليهم جِدَاراً؛ فعلى القولين المذكورين في الجِنَايَةِ الواحدة:

فعلى الجديد: يَلْزَمُ الأَقَلّ من أَرْشِ الجِنَايَاتِ كلها، ومن قِيمَتِهِ. وفي القديم: يلزم الأُرُوش بَالِغَةً ما بَلَغَتْ.

وإن كانت الجِنَايَاتُ مُتَفَرِّقَةً، فالقديم بحاله، وفي الجديد قولان:

أصحهما: وهو اختيار المُزَنِيُّ: أن الحكم كذلك، يَلْزَم الأقل من أُرُوشِ الجنايات، ومن القيمة؛ لأن الجِنَايَاتِ جميعاً تَعَلَّقَتْ بالرَّقَبَةِ، فإذا أَتْلَفَهَا بالعِتْقِ لم يضمن إلاَّ مَا أَتْلَفَ. ولأن المَنْعَ من البَيْعِ حَصَلَ بالإِعْتَاقِ، والإِعْتَاقُ شيء واحد، فلم يوجد إلاَّ منع(١) واحد.

والثاني: يجب لكل جِنَايَةٍ أَقَلُّ الأمرين من أَرْشِهَا، ومن القيمة؛ لأن البيع كان مُمْكِناً عَقِيبَ كل جِنَايَةٍ وبالإِعْتَاقِ، فوت ذلك، وكأنه أحدث لكل جِنَايَةٍ مَنْعاً.

والقولان كالقولين في جِنَايَاتِ أُمِّ الولد، ولو أراد المُكَاتَبُ أن يَفْدِيَ نَفْسَهُ مما في يَدِهِ عن الجِنَايَاتِ؛ ففيه طريقان:

أحدهما: أن فيما يَفْدِي نَفْسَهُ به القَوْلَيْنِ المَنْقُولَيْنِ عن الجَدِيدِ؛ لأن البيع مُمْتَنِعٌ مهما بقيت الكِتَابَةُ، فينزل إدامة(٢) الكِتَابَة مَنْزِلَةَ العِتْقِ بأداء النجوم.

والثاني: القطع(٣) بأنه يَفْدِي بالأقل من أَرْشِ كُلِّ جِنَايَةٍ، ومن القيمة.

---

(١) في أ: شيء.
(٢) في ز: إدامته.
(٣) في ز: القول.

وفرق بأن العِتْقَ يُفَوِّتُ مَحَلَّ الأَرْشِ، ويبطل إِمْكَانَ البَيْعِ. وها هنا: الرَّقَبَةُ بَاقِيَةٌ، وإِمْكَانُ البَيْعِ مستمر.

والذي أورده في «التهذيب»: أنه يُؤْخَذُ مما في يَدِهِ الأقل من أَرْشِ الجنايات كلها، ومن قِيمَتِهِ. ويشبه أن يكون هو الأَظْهَرَ.

ولو لم يكن في يَدِهِ مَالٌ، وسأل المُسْتَحِقُّونَ تَعْجِيزَهُ، عَجَّزَهُ الحَاكِمُ، ويباع، ويُقَسَّمُ الثَّمَنُ على أَقْدَارِ الأُرُوشِ، وإن أَبْرَأَ بعضهم قُسِّمَ على الباقين.

وإذا اختار السَّيِّدُ فِدَاءَهُ بعد التعجيز لم يبع وفيما يَفْدِيه فيه القولان.

الثانية: إذا جَنَى المُكَاتَبُ على طَرَفِ سَيِّدِهِ، فله القِصَاصُ وكذا لو جَنَى على عَبْدِ السَّيِّدِ، وإن قَتَلَ السيد، فَلِلْوَرَثَةِ القِصَاصُ فإن عَفَا المُسْتَحِقُّ على مال، أو كانت الجِنَايَةُ مُوجِبَةً للمال، تَعَلَّقَ الواجب بما في يَدِهِ؛ لأن السَّيِّدَ مع المُكَاتَبِ في المُعَامَلاَتِ كالأجنبي مع الأجنبي، فكذلك في الجِنَايَةِ. وما الذي يَلْزَمُ المُكَاتَبَ؟ أيلزمه الأَرْشُ بَالِغاً ما بلغ، أو الأَقَلُّ؟ فيه القولان المَذْكُورَانِ في الجِنَايَةِ على الأَجْنَبِيِّ.

فإن قلنا: يَلْزَمُ الأَرْشَ بَالِغاً ما بَلَغَ، وكان[1] أكثر من قِيمَتِهِ، فعن الشيخ أبي حَامِدٍ أن له أن يَفْدِيَ نَفْسَهُ به.

وعن القاضي أبي الطَّيِّبِ أن فيه الخِلاَفَ في هَيْبَتِهِ من سَيِّدِهِ. قال ابن الصَّبَّاغِ، وهذا يَقْتَضِي أن يقال للسيد: أن يَمْتَنِعَ من القَبُول؛ لأنه لا يلزمه قَبُولُ الهِبَةِ.

وعندي: أنه يَلْزَمُهُ القَبُولُ إذا أَمْكَنَهُ أَدَاؤُهُ، وأَدَاءُ مال الكتابة، ولا يجوز له الامْتِنَاعُ، وإن لم يكن في يَدِهِ شيء، أو كان لا يفِي بالأَرْشِ؛ فهل للسيد تَعْجِيزُهُ بسبب الأَرْشِ؟

فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه إذا عَجَّزَهُ يَسْقُطُ الأرش، إذ لا يَثْبُت للسيد على عبده دَيْنٌ، بخلاف ما إذا عَجَّزَهُ الأجنبي، فإن الأَرْشَ يتعلق [برقبته][2] ويُنْسَبُ هذا إلى القَفَّالِ.

وأصحهما على ما ذكر في «التهذيب»: نعم؛ وهو الَّذِي أَوْرَدَهُ الشيخ أبو حَامِدٍ وغيره، ويستفيد به رَدّه إلى الرِّقِّ المَحْضِ.. وإذا عَجَزَ بسبب الأَرْشِ أو النجوم ورُقَّ، فهل يَسْقُطُ الأَرْشُ، أو يكون في ذِمَّتِهِ إلى أن يُعْتَقَ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الأول، وهما كالوَجْهَيْنِ فيما لو كان له على عَبْدِ غيره دَيْنٌ فملكه، هل يسقط وَجِنَايَةُ المُكَاتَبِ على طَرَفِ ابن سيده كجنايته على الأَجْنَبِيِّ، وجِنَايَتُهُ على نَفْسِهِ

---

(١) في أ: فكان.
(٢) سقط في: ز.

تُثْبِتُ القِصَاصَ لِلسَّيِّدِ، فإن عَفَا أو كان القَتْلُ خَطَأً، فهو كما لو جَنَى على السيد.

ولو أَعْتَقَ السيد المُكَاتَبَ بعد جِنَايَتِهِ عليه، أو أَبْرَأَهُ عن النجوم، فإن لم يكن في يَدِهِ شَيْءٌ سَقَطَ الأَرْشُ؛ لأنه أَزَالَ المِلْكَ عن الرَّقَبَةِ التي كانت متعلق الأَرْشِ باختياره، ولا مَالَ غيرها.

قال الإِمَامُ: وفيه احْتِمَالٌ أَخْذاً من اسْتِقْلاَلِ المكاتب، وثبوت حقوق السيد في ذِمَّتِهِ. وإن كان في يَدِهِ مَالٌ؛ ففي تَعَلُّقِ الأَرْشِ بما في يَدِهِ وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن الأَرْشَ كان مُتَعَلِّقاً بالرَّقَبَةِ، وقد تَلِفَتْ.

وأظهرهما: التَّعَلُّقُ، والتَّوْجِيهُ المَذْكُورُ مَمْنُوعٌ، بل الأَرْشُ مُتَعَلِّقٌ بالرقبة، وبما في يَدِهِ. وذكر في «التهذيب» أنه يُطَالَبُ بالأَرْشِ من غير تَفْصِيلٍ، وفرق بين أن يكون في يَدِهِ شَيْءٌ، أو لا يكون، ويَقْرُبُ منه قَوْلُهُ في الكتاب «فالصحيح أن يُطَالِبَهُ بالأَرْشِ بعد العِتْقِ»، وإلاَّ ثَبَتَ ما قَدَّمْنَاهُ.

ولو أَدَّى النجوم فَعُتِقَ، فالأَجْوِبَةُ مُتَّفِقَةٌ على أن الوَاجِبَ لا يسقط كما لا يسقط فيما إذا جَنَى على أَجْنَبِيٍّ، وأَدَّى النجوم، عُتِقَ.

ثم [ظاهر ما](1) رَدَّدُوهُ في هذا المَوْضِعِ أنه يجب الأَرْشُ بَالِغاً مَا بَلَغَ وقد نَصَّ عليه الشَّافِعِيُّ ـ رضي الله عنه ـ فذكر فيما لو قَطَعَ المُكَاتَبُ يَدَ سَيِّدِهِ قَطْعاً يُوجِبُ المَالَ، أو عاد بالعَفْوِ إلى المال.

وقلنا: لاَ بُدَّ من الصَّبْرِ إلى الاندمال، فانْدَمَلَ بعدما أَدَّى المَالَ وعُتِقَ، أن عليه أَرْشَ اليَدِ بِتَمَامِهِ؛ وهو نِصْفُ الدِّيَةِ.

وفرق بين ما نحن فيه وبَيْنَ ما إذا جَنَى على أَجْنَبِيٍّ، ثم أَدَّى النُّجُومَ، وعُتِقَ حيث ذكرنا اخْتِلاَفاً فيما(2) يجب عليه بأن الوَاجِبَ في الجِنَايَةِ على السَّيِّدِ لا يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ المُكَاتَبِ، وإنما هو في ذِمَّتِهِ، فيجب بكماله، كما لو جَنَى حُرٌّ على حُرٍّ، وأَرْشُ الجِنَايَةِ على الأجنبي يتعلَّقُ بالرَّقَبَةِ، فجاز أَلاَّ يزاد عليها.

ومنهم من طَرَدَ القَوْلَ الآخَرَ؛ وهو وُجُوبُ أَقَلِّ الأمرين. وقال: العِتْقُ لا يُغَيِّرُ ما تَقَدَّمَ وجوبه.

الثالثة: عبد المُكَاتَبِ إذا جنى؛ فإما أن يجني على أجنبي، أو على سَيِّدِهِ وهو المُكَاتَبُ، أو على سَيِّدِ سَيِّدِهِ:

---

(1) سقط في: ز.

(2) في أ: فما.

الحالة الأولى: إذا جنى على أَجْنَبِيٍّ؛ فله القِصَاصُ، فإن عَفَا المستحق على المال، أو كانت الجِنَايَةُ مُوجِبَةً للمال، تَعَلَّقَ برقبته تباع فيه، إلاَّ أن [يفديه][(١)] المُكَاتَبُ وبم يَفْدِيهِ؟ أَيَفْدِيهِ بالأَرْشِ بِكَمَالِهِ، أو يفديه بالأَقَلِّ منه ومن قيمته؟

فيه قولان:

فإن قلنا بالأَوَّل فإن كان الأَرْشُ قَدْرَ قيمته، أو أقل؛ فَلِلْمُكَاتَبِ الاسْتِقْلاَلُ به، وإن كان أكثر لم يَسْتقل به.

وفي جَوَازِهِ بإذن السَّيِّدِ الخِلاَفُ في تَبَرُّعَاتِهِ بالإِذْنِ. ومنهم من قَطَعَ بأنه يَفْدِيهِ بالأقل. ثم ظاهر لفظ «المختصر» أنه يعتبر قيمة العَبْدِ يوم الجِنَايَةِ؛ لأنه يوم تَعَلَّقَ الأَرْشُ بالرَّقَبَةِ. وعن ابن خَيْرَانَ [أنه يجيء قول آخر][(٢)] أنه يعتبر قِيمَةُ يَوْمِ الانْدِمَالِ؛ بِنَاءً على أنه وَقْتُ المُطَالَبَةِ بالمال. وحكى القَفَّالُ أنه ينبغي أن يختبر قِيمَةُ يَوْمِ الفِدَاءِ؛ لأن المُكَاتَبَ إنما يمنع من بَيْعِهِ، ويَسْتَدِيمُ المِلْك فيه يومئذ.

وذكر القاضي ابْنُ كَجٍّ أن المَذْهَبَ اعْتِبَارُ أقل القيمتين من قِيمَةِ يوم الجِنَايَةِ، وقيمة يوم الفِدَاءِ؛ احتياطاً للمُكَاتَبِ، وإبْقَاءً للملك عليه.

ونسب هذا إلى نَصِّهِ ـ رضي الله عنه ـ في «الأم». قال: وعندي أن الحُكْمَ في جِنَايَةِ المكاتب بنفسه إذا اعتبرنا قِيمَتَهُ كذلك هذا في عَبْدِ المُكَاتَبِ الذي لم يكاتب عليه. فأما من يكاتب عليه كَوَلَدِ المُكَاتَبِ من أَمَتِهِ، وكما لو وَهَبَ منه ولده، أو والده ـ حيث يعُوزُ له القَبُولُ ـ فليس له أن يَفْدِيَهُ بغير إِذْنِ السَّيِّدِ، وإن أَذِنَ فهو على الخِلاَفِ في تَبَرُّعَاتِهِ بالإِذْنِ؛ وذلك لأن فِدَاءَهُ كَشِرَائِهِ.

وقد قدمنا هذا، وذكرنا أن الإِمَامَ حكى عن العِرَاقِيِّينَ ـ رحمهم الله ـ أنه لو كان له كَسْبٌ، فله أن يَصْرِفَهُ إلى الأَرْشِ، ويَفْدِيَهُ به وأنه استبعد ذلك، وقال: كَسْبُهُ كَسَائِرِ أَمْوَالِ المكاتب، وأنه حكى عنهم أن له أن يَبِيعَ كُلَّهُ، وإن زاد على الأَرْشِ.

ولا يوجد هذا في كتبهم على هذا الإِطْلاَقِ، ولكن قالوا[(٣)]: يُبَاعُ منه بِقَدْرِ الأَرْشِ، فإن لم يَتَيَسَّرْ بيع كله، وأدى من ثمنه الأَرْشَ، والفَاضِلُ لِلسَّيِّدِ، وهذا ليس بِبَعِيدٍ. وكذلك القَوْلُ في المَرْهُونِ إذا زاد على قَدْرِ الدَّيْنِ. ولو جنى بَعْضُ عَبِيدِ المُكَاتَبِ على بَعْضٍ، أو جَنَى عَبْدُ غَيْرِهِ على عَبد له، فله أن يَقْتَصَّ؛ لأنه من مَصَالِحِ المِلْكِ، فلا يحتاج فيه إلى إِذْنِ السَّيِّدِ. وفيه قول: أنه لا يَقْتَصُّ إلاَّ بِإِذْنِ السَّيِّدِ، وعليه

(١) في ز: يؤذيه.
(٢) سقط في: ز.
(٣) في أ: لو قال.

تحصيل الأَرْش من عبد الأجنبي، ويُنْسَبُ هذا إلى تَخْرِيج الرَّبِيع، وهذا قوله في الكتاب: وقيل: والظَّاهِرُ الأَوَّلُ، إلاَّ أن يكون القَاتِلُ وَالِدَ المَقْتُولِ، ولو كان في عبيده أَبُوه، فقتل عَبْداً له، فكذلك لا يَقْتَصُّ منه.

ولو كان فيهم ابنه، فقتل عَبْداً له، فله أن يَقْتَصَّ منه. وهل له أن يبيع ابْنَهُ وأباه إذا[١] كانا في مِلْكِهِ، وجَنَيَا على عَبْدٍ آخر، أو جناية موجبها المال؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لا يَثْبُتُ له على عَبْدِهِ مال، والأَصْلُ منع بيع الوالد والولد.

والثاني: نعم؛ لأنه يَسْتَفِيدُ به حُصُولَ أَرْشِ الجِنَايَةِ، ويخالف غير أبيه وابنه من عَبِيدِهِ، فإن تَعَلَّقَ الأرش به لا يُفِيدُهُ شَيْئاً، فإنه كان يَمْلِكُ بَيْعَهُ قبل الجِنَايَةِ.

والأَوَّلُ أَصَحُّ عند الإِمَام والشيخ أبي حَامِدٍ، وحَكَاهُ القاضي الطبري عن نَصِّهِ ـ رضي الله عنه ـ في «الأم». وبالثاني أَجَابَ في «التهذيب».

وعند أبي حَنِيفَةَ لا يجب القِصَاصُ إذا قَتَلَ بَعْضُ عَبِيدِ المكاتب بَعْضاً [وكذا لو][٢] قتل بَعْضُ عَبِيدِ الحُرِّ بَعْضاً.

والحالة الثانية: إذا جَنَى على سَيِّدِهِ، فله القِصَاصُ، ولا يحتاج إلى إِذْنِ السيد على ما ذكرنا، فإن كانت الجِنَايَةُ خَطَأً، أو عَفَا على مال لم يجب؛ إذ لا يَثْبُتُ للسيد على عَبْدِهِ مَالٌ.

الثالثة: إذا جَنَى على سَيِّدِ سَيِّدِهِ، فهو كما لو جَنَى على أَجْنَبِيٍّ، فيباع في الأَرْشِ، إلا أن يَفْدِيَهُ المكاتب.

واعلم أن الصُّورَتَيْنِ الأُولَيَيْنِ من صور الفَصْلِ في جِنَايَةِ المُكَاتَبِ، والثالثة في جناية عَبْدِهِ، وقد فَرَغْنَا فيها والصورة الرابعة[٣] في الجناية على المُكَاتَبِ، وهي إما أن تفرض على طَرَفِهِ أو نَفْسِهِ:

إن كانت على طَرَفِهِ، فله القِصَاصُ إن كانت بحيث تُوجِبُ القِصَاصَ، وليس للسيد مَنْعُهُ كالمريض يقتصّ، ولا يَعْتَرِضُ عليه الوَرَثَةُ، والمُفْلِسُ يقتصّ، ولا يَعْتَرِضُ عليه الغُرَمَاءُ. وفيه القول المَحْكِيُّ عن تَخْرِيجِ الربيع ووجه بأنه يُعَجِّزُ نَفْسَهُ، فيعود إلى السَّيِّدِ مَقْطُوعَ اليد بلا جَابِرٍ وإذا قلنا بالظَّاهِرِ؛ فإن اقتصّ فذاك، وإن عَفَا على مال ثبت المَالُ، لكن لو كان المَالُ دون أَرْشِ الجِنَايَةِ، فقدر المُحَابَاةِ حُكْمُهُ حُكْمُ الجميع إذا عفا مَجَّاناً، وإن عفا مُطْلَقاً، فإن قلنا: موجب العَمْدِ أَحَدُ الأمرين، أو قلنا: موجبه

(١) في ز: إن.

(٢) في أ: وكذلك إذا.

(٣) سقط في: ز.

القِصَاصُ، ولكن مُطْلَقَ العَفْوِ يوجب المَالَ، ثبت الأَرْشُ وإن قلنا: مُطْلَقُ العفو لا يُوجِبُ المَالَ، لم يجب شَيْءٌ، وإن عَفَا مَجَّاناً سقط القِصَاصُ.

ثم إن قلنا: مُوجَبُ العَمْدِ القِصَاصُ لم يجب شَيْءٌ؛ إن قلنا: مُطْلَقُ العفو لا يُوجِبُ المَالَ، وإن قلنا: يوجبه، فوجهان:

يجب المال إن كان العَفْوُ بغير إِذْنِ السَّيِّدِ، وإن كان بإذنه فعلى قولين؛ كما لو عَفَا عن المَالِ في الجِنَايَةِ المُوجِبَةِ لِلْمَالِ.

والثاني: لا يَجِبُ، وإن كان العَفْوُ بغير إِذْنِهِ، لأن الجِنَايَةَ على هذا القول غير مُوجِبَةٍ للمال، وإنما يَثْبُتُ المَالُ بالعفو المُطْلَقِ، وإذا عَفَا مَجّاناً، فقد امْتَنَعَ من الاكْتِسَابِ بالعَفْوِ المُطْلَقِ. والمُكَاتَبُ إذا امْتَنَعَ من الاكْتِسَابِ لا يُجْبَرُ عليه.

وإن كانت الجِنَايَةُ مُوجِبَةً للمال، فلا يَصِحُّ عَفْوُهُ عنه بغير إِذْنِ السيد، وإن عفا بِإِذْنِهِ، ففيه القولان في التَّبَرُّعَاتِ بالإِذْنِ، وحيث ثَبَتَ المَالُ بالجِنَايَةِ على طَرَفِهِ، فهو للمكاتب، يَسْتَعِينُ به على أَدَاءِ النجوم؛ لأنه يَتَعَلَّقُ بِعُضْوٍ من أَعْضَائِهِ، فهو كالمَهْرِ، تَسْتَحِقُّهُ المُكَاتَبَةُ، ولأن كَسْبَهُ له، وهو عِوَضُ ما تَعَطَّلَ من كَسْبِهِ بقطع ذلك العُضْوِ هكذا وَجَّهُوهُ. وهل يستحق أَخْذَهُ في الحال، أم يتوقَّفُ على الانْدِمَالِ؟ فيه قولان، كما في الجِنَايَةِ على الحُرِّ.

ومنهم من قَطَعَ بجواز الأَخْذِ في الحَالِ ها هنا، سَعْياً في تَحْصِيلِ العِتْقِ. فإن قلنا: يتوقف الأَخْذُ على الانْدِمَالِ، وقد قطعت يَدُهُ، فينظر إن سَرَتِ الجِنَايَةُ إلى النَّفْسِ، انْفَسَخَتِ الكِتَابَةُ على مَا سَنَذْكُرُ في الجِنَايَةِ على النَّفْسِ، وعلى الجاني الكَفَّارَةُ.

وإذا كان أَجْنَبِيّاً، فعليه القِيمَةُ لِلسَّيِّدِ. وإن انْدَمَلَتْ؛ فإن كان الجاني أَجْنَبِيّاً أخذ المُكَاتَبُ نِصْفَ قِيمَتِهِ، ويَسْتَعِينُ به على أَدَاءِ النجوم.

وإن كان الجَانِي السَّيِّدُ، فيستحقُّ المُكَاتَبُ عليه نِصْفَ القِيمَةِ، وهو يَسْتَحِقُّ النُّجُومَ على المُكَاتَبِ، فإن حَلَّ نَجْمٌ واتَّحَدَ الوَاجِبَانِ جِنْساً وصِفَةً، ففيه الخلاف في التَّقَاصِّ، ويأخذ من له الفَضْلُ الفَضْلَ، وإن اخْتَلَفَا أخذ كُلٌّ واحد منهما حَقَّهُ.

وإن قلنا: له أَخْذُ الأَرْشِ في الحال؛ ففي «جمع الجوامع» للقاضي الروياني أنه إن كان الأَرْشُ مِثْلَ دِيَةِ حر، أو أقل، فله أَخْذُ جميعه، وإلاَّ فلا يَأْخُذُ أَكْثَرَ من قَدْرِ الدِّيَةِ، لأن الجِنَايَةَ قد تَسْرِي إلى نفسه، ويعود كالواجب إلى الدِّيَةِ لِعِتْقِهِ.

وإذا أخذ مَا لَهُ أَخْذَهُ، ثم انْدَمَلَتِ الجِرَاحَةُ، فقد اسْتَقَرَّ الأَرْشُ، وليأخذ الباقي إن لم يأخذ كُلَّهُ.

وإن سَرَتْ إلى النَّفْسِ، نُظِرَ، إن سَرَتْ قبل أن يعتق، انْفَسَخَتِ الكتابة، فإن كان

الجَانِي أَجْنَبِياً، فللسيد مُطَالَبَتُهُ بِتَمَامِ القِيمَةِ، وإن كان الجَانِيَ السَّيِّدُ سَقَطَ عنه الضَّمَانُ، وأخذ كَسْبَهُ. وإن كانت السِّرَايَةُ بعدما عُتِقَ بأداء النجوم، فإن كان الجاني أَجْنَبِياً، فَعَلَيْهِ تَمَامُ الدِّيَةِ؛ لأن الاعْتِبَارَ في الضَّمَانِ بحالة الاسْتِقْرَارِ، ويكون ذلك لمن [يرثُهُ][1] من أَقَارِبِهِ، فإن لم يكونوا، فللسيد بالوَلاَءِ. وإن كان الجَانِيَ السَّيِّدُ، فعليه تَمَامُ الدِّيَةِ أيضاً، بخلاف ما لو جَرَحَ عَبْدَهُ القِنَّ، ثم أَعْتَقَهُ، ومات بالسِّرَايَةِ، حيث لا ضَمَانَ؛ لأن ابتداء الجِنَايَةِ غير مَضْمُونٍ هناك، وها هنا ابتداء الجِنَايَةِ مَضْمُونٌ.

ولو حصل العِتْقُ بالتَّقَاصِّ، فالحكم كما لو حَصَلَ بالأداء، ولا يمنع من التَّقَاصِّ كَوْنُ الدِّيَةِ إبلاً، فإن الجَوَابَ في الابْتِدَاءِ نِصْفُ القيمة، والتَّقَاصُّ حينئذ يَحْصُلُ.

ثم إذا سَرَتِ الجِنَايَةُ بعد العِتْقِ، فيجب الفَاضِلُ من الإِبِلِ.

وإذا عَفَا المُكَاتَبُ عن المال، ولم نصحح عَفْوَهُ على ما فَصَّلْنَا، ثم عُتِقَ قبل أخذ المال؛ فهل له أَخْذُهُ؟ فيه قولان:

أصحهما: وهو المَنْصُوصُ: نعم، وذلك العَفْوُ كان لاَغِياً، وربما بُنِيَ القَوْلاَنِ على أن تَصَرُّفَاتِ المُفْلِسِ بَاطِلَةٌ، أو موقوفة أو منتظرة. ولو جنى على طَرَفِ المُكَاتَبِ عَبْدُهُ فله القِصَاصُ، فإن كانت الجِنَايَةُ خَطَأً، أو عَفَا، فلا يَثْبُتُ له على عَبْدِهِ مَالٌ. وهل له أن يَبِيعَ منه[2] بقدر الأَرْشِ؟ فيه الوجهان المذكوران؛ فيما إذا جَنَى ابْنُ المُكَاتَبِ الذي يكاتب عليه على عَبْدٍ آخر له؛ هذا تَمَامُ القَوْلِ في الجِنَايَةِ على طَرَفِ المُكَاتَبِ.

وإن كانت الجِنَايَةُ على نَفْسِهِ، فَتَنْفَسِخُ الكِتَابَةُ، ويموتُ رَقِيقاً.

ثم إن قتله السَّيِّدُ، فليس عليه إِلاَّ الكَفَّارَةُ، وإن قَتَلَهُ أَجْنَبِيٌّ، فللسيد القِصَاصُ، أو القِيمَةُ، وله أخذ أَكْسَابِهِ أيضاً، ويأخذ ذلك بحكم المِلْكِ، لا بطريق الإِرْثِ.

وفي طريقة الصَّيْدَلاَنِيِّ أن عند أبي حَنِيفَةَ: إذا كان الأَرْشُ وَافِياً بالنجوم، وزَائِداً عليها حُكِمَ بأنه مات حراً، وأخذ من سَيِّدِهِ بَاقِي قِيمَتِهِ. والله أعلم.

وقد انتهى الكَلاَمُ فيما يَتَعَلَّقُ بالفَصْلِ. وعليك أن تَتَأَمَّل صُوَرَهُ في الكتاب وتُنَزِّلَ كُلَّ شيء منها مَنْزِلَتَهُ.

فُرُوعٌ منثورة نَخْتِمُ بها الكتاب:

عن «الأم» أنه إذا جَنَى السَّيِّدُ على طَرَفِ المُكَاتَبِ، وكان الأَرْشُ مثل النجوم، وحكمنا بالتَّقَاصِّ، وحُصُولِ العِتْقِ، ثم عاد السَّيِّدُ وجَنَى عليه جِنَايَةً أخرى تُوجِبُ القِصَاصَ، فهي جِنَايَةٌ على حُرٍّ، فإن قال: لم أعلم بأنه يَحْصُلُ التَّقَاصُّ والعِتْقُ، لم

---

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: فيه.

يُقْبَلْ منه، كما لو قتل من كان [عبداً](1) فعتق، وقال: لم أعلم أنه عُتِقَ.

قال الربيع: وفيه قَوْلٌ آخر أنه يُؤْخَذُ منه دِيَةُ حُرٍّ ولا قِصَاصَ لِلشُّبْهَةِ. إذا قال المُكَاتَبُ: إن عَجَزْتَ عن النُّجُومِ بعد وَفَاتِي، فأنت حُرٌّ صَحَّ التَّعْلِيقُ، ثم إن قال المُكَاتَبُ قبل الحُلُولِ: عَجَزْتُ لم يعتبر قوله. وإن كان بعد الحُلُولِ ووجد في يَدِهِ ما يَفِي بالواجب، فلا عَجْزَ أيضاً، وإن لم يوجد صُدِّقَ بِيَمِينِهِ.

عن «الأم» أنه إذا عُتِقَ المُكَاتَبُ، واختلف هو ومن جَنَى عليه، فقال المُكَاتَبُ: كنت حُرّاً عند الجِنَايَةِ. وقال الجَانِي: بل مُكَاتَباً، فَيُصَدَّقُ الجاني مع يَمِينِهِ، فإن شَهِدَ السَّيِّدُ لِلْمُكَاتَبِ، قبلت شَهَادَتُهُ، ويأتي بِشَاهِدٍ آخر. يقبل إقرار المكاتب بِدُيُونِ المُعَامَلاَتِ، وبالبيع، وما يَقْدِرُ على إِنْشَائِهِ وفي كتاب القاضي ابْنِ كَجٍّ أنه إن قال: بِعْتُ هذه السِّلْعَةَ، وهذا ثَمَنُهَا يُقْبَلُ إقْرَارُهُ. وإن قال: بِعْتُهَا، وتَلِفَ الثَّمَنُ في يَدِي. ففي القَبُولِ قولان. وإن أقر بِدَيْنِ جِنَايَةٍ؛ فهل يَقْبَلُ على السيد؟ فيه قولان:

قال في «التهذيب»: أصحهما: أنه يقبل، ويُؤَدِّي مما في يَدِهِ كَدَيْنِ المُعَامَلَةِ، لكن لو كان ما أَقَرَّ به أَكْثَرَ من قِيمَتِهِ لا يلزم إلاَّ قَدْرُ قيمته، بخلاف دَيْنِ المعاملة، فإن لم يَكُنْ في يَدِهِ شيء، بيع في دَيْنِ الجِنَايَةِ.

والثاني: وهو الذي أَوْرَدَهُ جَمَاعَةٌ؛ أنه لا يقبل في حَقِّ السيد، فإنه لم يسلط عليه بعقد الكتابة [فإن قبلنا إِقْرَارَهُ، فعجز قبل أن يُؤْخَذَ دَيْنُ الجناية، فقولان:

أحدهما: يباع(2) فيه؛ لأنه أَقَرَّ في وقت كَانَ إِقْرَارُهُ مَقْبُولاً. **والثاني**: لا يُبَاعُ، ويكون في ذِمَّتِهِ إلى أن يعتق؛ لأنه بِالعَجْزِ صارت رَقَبَتُهُ لِلسَّيِّدِ، فصار كما لو أَقَرَّ بعد العَجْزِ، ولا يقبل إقرار السيد على المُكَاتَبِ بالجِنَايَةِ، لكن لو عَجَزَ أَخَذَ السَّيِّدُ بِإِقْرَارِهِ.

ولو قال: كان قد جَنَى قبل الكِتَابَةِ، لم يقبل على المُكَاتَبِ أيضاً؛ لخروجه عن يَدِهِ بِالكِتَابَةِ، كما لو خَرَجَ عن يَدِهِ بالبَيْعِ.

إذا مات سَيِّدُ المُكَاتَبِ؛ فقد عَرَفْتَ أن الكِتَابَةَ لا تَرْتَفِعُ، ويحصل العِتْقُ بالأَدَاءِ إلى الوَارِثِ، فإن كان له وَارِثَانِ، لم يُعْتَقْ، إلاَّ بالدَّفْعِ إليهما حَقَّهُمَا.

وإن كان الوَارِثُ صَغِيراً، أو مَجْنُوناً، لم يُعْتَقْ، إلاَّ بالدَّفْعِ إلى الأب، أو الجد، أو الوَصِيِّ، أو القَائِمِ. فإن كان قد أوصى إلى ابْنَيْنِ، لم يُعْتَقْ إلاَّ بالدَّفْعِ إليهما، إلاَّ إذا ثَبَتَ لكل واحد منهما الاسْتِقْلاَلُ. وإذا كان على المَيِّتِ دَيْنٌ أو أَوْصَى بِوَصَايَا [متفرقة](3) فإن كان الوَارِثُ وَصِياً في قضاء الدَّيْنِ، وتَنْفِيذِ الوَصَايَا، عُتِقَ بالدَّفْعِ إليهما،

---

(1) في ز: عبيداً.
(2) سقط في: ز.
(3) سقط في: ز.

وإلاَّ قد أَوْصَى إلى غيره فيجمع بينه وبين الوَرَثَةِ، ويدفعها إليهم.

وإن لم يُوصِي إلى أَحَدٍ، قام القاضي مَقَامَ الوَصِيِّ، ولو دَفَعَ إلى الغَرِيمِ لم يُعْتَقْ، وإن دَفَعَ إلى الوَارِثِ، فإن قَضَى الدَّيْنَ والوَصَايَا، عُتِقَ، وإلاَّ وجب الضَّمَانُ على المُكَاتَبِ، ولم يُعْتَقْ. هكذا ذكر صاحب «التهذيب».

وعن القاضي أبي الطيب أنه إذا كان الدَّيْنُ مُسْتَغْرِقاً لِلتَّرِكَةِ، بَرِيءَ المُكَاتَبُ بالدَّفْعِ إلى الغَرِيمِ[1]. وإن كان قد أَوْصَى بالنُّجُومِ لإنسان، فَيُعْتَقُ بالدفع إليه. وإن أوصى بها لِلْفُقَرَاءِ، أو المَسَاكِينِ، فَيَدْفَعُهَا إلى مَنْ أَوْصَى إليه بِتَفْرِيقِهَا، أو إلى الحَاكِمِ.

وإن أوصى بِقَضَاءِ الدَّيْنِ منها، تَعَيَّنَ صرفها[2] إليه؛ فهو كما لو أَوْصَى بها لإِنْسَانٍ. إذا مات السَّيِّدُ والمكاتب، ممن يعتق على الوارث، عُتِقَ عليه، خِلاَفاً لأبي حَنِيفَةَ. ولو نكح الابن مُكَاتَبَةَ أَبِيهِ، ثم مات الأَبُ، والابن وَارِثٌ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ؛ لأنه مَلِكَ زَوْجَتَهُ. وكذا لو مات السَّيِّدُ، وَبِنْتُهُ تحت مُكَاتَبِهِ، فورثت زَوْجَهَا، خِلاَفاً لأبي حنيفة، وسلّم أنه لو مات وله بِنْتٌ ومُكَاتَبٌ، لا يجوز لِلْمُكَاتَبِ أن يَنْكِحَهَا، وذلك يَدُلُّ على أنها تَمْلِكُهُ.

ولو اشترى المُكَاتَبُ زَوْجَتَهُ الأَمَةَ من السَّيِّدِ، أو غيره، أو اشترت المُكَاتَبَةُ زَوْجَهَا يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ، خلافاً لأبي حَنِيفَةَ ـ رحمه الله تَعَالَى ـ.

---

(١). سكت المصنف عن الترجيح، قال الشيخ البلقيني: ما نقله عن القاضي أبي الطيب قد نص الشافعي عليه في الأم في باب ميراث سيد المكاتب، ولفظه: وإذا دفع المكاتب كتابته إلى قوم أثبتوا على سيده ديونهم عتق إن لم يكن في كتابته فضل عن دينهم، لكن هذا النص لا يشترط استغراق الدين للتركة بل للكتابة ولكن الأول هو المراد.

قال في الخادم بعد حكايته هذا النص: ولعل مأخذ الخلاف أن الدين ما يمنع انتقال التركة إلى الوارث بقدر الدين أم بالجميع، والصحيح بالجميع كما سبق في الرهن، ثم هذا كله إذا دفعه إلى الغريم لا بإذن الوارث، فإن دفعه بإذنه فلا شك في الإعتاق.

وقال الشيخ البلقيني ما ذكره البغوي يقال عليه إن كان قبض الوارث صحيحاً في الابتداء فكيف قال آخر ألا يعتق المكاتب وإن كان في الابتداء غير صحيح، فإذا قضى الوارث الدين والوصايا لم قلت يعتق المكاتب بقبض غير صحيح وجوابه أنا نقول هو صحيح في الابتداء وليس كبيع الوارث مع وجود الدين المقارن لأن ذلك تفويت ولكنه إذا لم يقض الدين بان أن المكاتب لم يعتق لأن الدين الذي عليه كان مرهوناً عند أصحاب الديون وهنا بالشرع نظراً للميت فلما قبض الوارث كان قد قبض بالملك، فلما لم يحصل المقصود لم يعتق المكاتب كما لو بيع المرهون بإذن المرتهن للوفاء فتلف الثمن المعين قبل القبض يعود الرهن. انتهى.

(٢) في أ: تفرقها.

كِتَابُ عِتْقِ أُمَّهَاتِ الأَوْلاَدِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَمَنِ اَسْتَوْلَدَ جَارِيَتَهُ فَأَتَتْ بِوَلَدٍ ظَهَرَ عَلَيْهِ خِلْقَةُ الآدَمِيِّ إِمَّا حَيّاً وَإِمَّا مَيْتاً عُتِقَتْ عَلَيْهِ إِذَا مَاتَ، وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُهَا قَبْلَ المَوْتِ عَلَى الجَدِيدِ، وَكَذَا لاَ يَبِيعُ وَلَدَهَا مِنْ زِنَاً أَوْ نِكَاحٍ إِذَا حَصَلَ بَعْدَ اَلاِسْتِيلاَدِ وَيُعْتَقُونَ أَيْضاً بِمَوْتِهِ، وَلَهُ إِجَارَتُهَا وَاَسْتِخْدَامُهَا وَوَطْؤُهَا، وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا بِغَيْرِ رِضَاهَا، وَقِيلَ: لاَ يَجُوزُ إِلاَّ بِرِضَاهَا، وَقِيلَ: لاَ يَجُوزُ بِرِضَاهَا أَيْضاً إِلاَّ بِمُرَاجَعَةِ القَاضِي، وَلَهُ أَرْشُ الجِنَايَةِ عَلَيْهَا وعَلَى أَوْلاَدِهَا، وَمَنْ غَصَبَهَا فَتَلِفت فِي يَدِهِ ضَمِنَهُ لِأَنَّهَا كَالرَّقِيقَةِ إِلاَّ فِي البَيْعِ، وَلَوْ شَهِدَ رَجُلاَنِ عَلَى إِقْرَارِهِ بِاَلاِسْتِيلاَدِ وَحُكِمَ بِهِ فَرَجَعَا غُرِّمَا بَعْدَ مَوْتِهِ لِلوَرَثَةِ عِنْدَ عِتْقِهَا وَلَمْ يُغَرَّمَا فِي الحَالِ لِأَنَّهُمَا مَا أَزَالاَ إِلاَّ سَلْطَنَةَ البَيْعِ وَلاَ قِيمَةَ لَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عن ابن عَبَّاسٍ ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا أَمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَهِيَ حُرَّةٌ عَنْ دَبْرٍ مِنْهُ»[1]. وعن ابن عمر ـ رَضِيَ اللَّهُ عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: «إِذَا أَوْلَدَ الرَّجُلُ أَمَتَهُ، وَمَاتَ عَنْهَا فَهِيَ[2] حُرَّةٌ».

وَلَدُ الرجل من أَمَتِهِ يَنْعَقِدُ حُرّاً، وتَصِيرُ الأَمَةُ بالوِلاَدَةِ مُسْتَوْلَدَةً تُعْتَقُ إذا مات السَّيِّدُ[3]، ويكون عِتْقُهَا مُقَدَّماً على حُقُوقِ الغُرَمَاءِ فَضْلاً عن الوَصَايَا، وحقوق الوَرَثَةِ،

---

(١) رواه أحمد وابن ماجه [٢٥١٥] والدارقطني [٤/ ١٣٢ ـ ١٣٣] والحاكم [٢/ ١٩] والبيهقي، وله طرق، وفي إسناده الحسين بن عبد الله الهاشمي وهو ضعيف جداً، وفي رواية للدارقطني والبيهقي من حديث ابن عباس أيضاً: أم الولد حرة، وإن كان سقطاً، وإسناده ضعيف أيضاً، والصحيح أنه من قول ابن عمر.

(٢) رواه الدارقطني والبيهقي [١٠/ ٣٤٢ ـ ٣٤٣] مرفوعاً وموقوفاً، قال الدارقطني [٤/ ١٣٥]: الصحيح وقفه عن ابن عمر عن عمر، وكذا قال البيهقي وعبد الحق، وكذا رواه مالك في الموطإ موقوفاً على عمر، وقال صاحب الإلمام، المعروف فيه الوقف، والذي رفعه ثقة، قيل: ولا يصح مسنداً. قاله الحافظ مع التلخيص.

(٣) تعبيره «بولد الرجل» يتناول بإطلاقه ما لو استدخلت ذكره وهو نائم أو مغمى عليه أو سكران أو استدخلت ماءه المحترم أنه ينعقد الولد حراً وتصير الأمة بالولادة أم ولد، وقال الأذرعي: إنه الذي يظهر.
=

وينزل الاسْتِيلاَدُ منزلة الاسْتِهْلاَكِ، حتى أن اسْتِيلاَدَ المَرِيضِ مَرَضَ المَوْتِ، كَاسْتِيلاَدِ الصَّحِيحِ في النُّفُوذِ من رَأْسِ المَالِ، كإنْفَاقِ المَالِ، في الكَفَّارَاتِ[1] والشَّهَوَاتِ.

وكما يَثْبُتُ الاسْتِيلاَدُ بانْفِصَالِ الوَلَدِ الكَامِلِ، يَثْبُتُ بإلْقَاءِ المُضْغَةِ التي ظَهَرَتْ فيها خِلْقَةُ الآدَمِيِّينَ، أو ظهر فيها التَّخْطِيطُ لكل أَحَدٍ، أو لِلْقَوَابِلِ، وأَهْلِ الخِبْرَةِ من النِّسَاءِ.

وإن لم يظهر وَقُلْنَ: إن ما أَلْقَتْهُ أَصْلُ الآدَمِيِّ، ولو بقي لتصور فالأصح أنه لا يثبت به الاستِيلاَدُ، وقد ذَكَرْنَا فيه من الطُّرُقِ في «كِتَابِ العِدَّةِ» وغيره.

ثم الكَلاَمُ في صُوَرٍ تَتَعَلَّقُ بِأَحْكَامِ المُسْتَوْلَدَة:

منها: لا يَجُوزُ بَيْعُ المُسْتَوْلَدَةِ، ولا رَهْنُهَا، ولا هِبَتُهَا، ولا الوَصِيَّةُ بها؛ لما روي عن ابن عُمَرَ ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: «أُمُّ الوَلَدِ لاَ تُبَاعُ، وَتُعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا»[2] ويقال: إنَّ الصَّحَابَةَ ـ رضي الله عنهم ـ اتَّفَقَتْ عليه في عَهْدِ عمر، وعثمان ـ رضي الله عنهما ـ ومَشْهُورٌ عن عَلِيٍّ ـ كرم الله وَجْهَهُ ـ أنه قال: اجتمع رَأْيِي ورَأْيِ عُمَرَ على أن أُمَّهَاتِ الأَوْلاَدِ لا يُبَعْنَ.

ويروى على عتق أمهات الأولاد، ثم رَأَيْتُ بعد ذلك أن أَقْضِيَ بِبَيْعِهِنَّ، فقال عَبِيدَةُ السَّلْمَانِيُّ رَأْيُكَ مع رَأْيِ عُمَرَ أَحَبُّ إلينا من رَأْيِكَ وَحْدَكَ. فيقال: إنه رَجَعَ عن ذَلِكَ. وعن الشَّافِعِيِّ ـ رضي الله عنه ـ ميل القَوْلِ في بَيْعِهِنَّ في مَوَاضِعَ واختلف فيه الأَصْحَابُ ـ رحمهم الله ـ فذهب مُعْظَمُهُمْ إلى أنه ليس للشافعي ـ رَضِيَ الله عنه ـ فيه اخْتِلاَفُ قول، وأَشَارَ بميل القول إلى مَا رُوِيَ في تَجْوِيزه عن عَلِيٍّ وابن الزُّبَيْرِ ـ رضي

= وقال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: يستثنى منه المكاتب إذا أحبل أمته والراهن المعسر إذا أحبل أمته المرهونة الرهن اللازم بالقبض ومالك الجانية المعسر الجانية جناية توجب مالاً متعلقاً برقبتها، والوارث إذا أحبل أمة التركة التي انتقلت إليه وحده وهو معسر، والجارية المنذور التصدق بها أو قيمتها والجارية الموصى بإعتاقها الخارجة من الثلث، ثم قال: وأما المبعض إذا ملك أمة ببعضه الحر ثم وطئها فأحبلها وأتت بولد فنص الشافعي في الأم أنها لا تصير أم ولد، ثم حكى قولاً آخر ثم اختار أنه يثبت الاستيلاد وأن الماوردي جزم بذلك ثم قال ويستثنى من كلامه يعني المنهاج الصبي إذا استكمل تسع سنين إذا وطىء أمته فولدت لأكثر من ستة أشهر لحقه ولا يحكم ببلوغه مع أنه يختار ثبوت الاستيلاد، وقول المصنف «أمته» أي وكذا المشتركة إذا استولدها الشريك وكان موسراً بحصة الشريك فإن كان معسراً فيثبت الاستيلاد في حصته خاصة وأفهم كلامه أيضاً أنه لا يثبت الاستيلاد بإحبال أمة غيره ويستثنى منه إذا أحبل السيد أمة مكاتبه وكذا إذا أحبل الأب الحر أمة فرعه ولم تكن مستولدة فرعه فإنه يثبت الاستيلاد.

(١) في الروضة: اللذات.

(٢) أخرجه الدارقطني بمعناه، وقد سبق إسناده.

الله عنهم ـ ومنهم من قال جَوَّزَهُ في القَدِيم(١)، وقد يُوَجَّهُ ذلك بما رُوِيَ عن جابر قال: كُنَّا نَبِيعُ أُمَّهَاتِ الأَوْلاَدِ في عَهْدِ النبي ﷺ لا نَرَى بذلك بَأْساً، وعلى هذه الطَّرِيقَةِ جَرَىٰ في الكتاب فقال: «ولا يَجُوزُ بَيْعُهَا قبل المَوْتِ على الجديد».

ويجوز إِعْلاَمُ قوله: «على الجديد» بالواو للطَّرِيقَةِ الأُولى، بما حكى الإمام في التَّفْرِيعِ على القديم وجهين:

فعن صاحب «التقريب»، والشيخ أبي عَلِيٍّ ـ رحمهما الله ـ أنها اشتملت على ولده ونقضته وهي رَقِيقَةٌ، كما كانت، ولا تُعْتَقُ بموت السَّيِّدِ وعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ والصَّيْدَلاَنِيِّ ـ رحمهم الله ـ أنها تُعْتَقُ بالموت، وإن جَوَّزْنَا بَيْعَهَا في الحَيَاةِ كالمُدَبَّرِ.

وقال: ويجوز أن يقول هو: لا تُعْتَقُ من رَأْسِ المَالِ، ويجوز أن يجعلوا عِتْقَهَا كِعِتْقِ المُدَبَّرِ. والوَجْهُ الأول يُرَخِّصُ في إِعْلاَمِ قوله في الكتاب: «عتقت عليه إذا مات» بالواو.

ولو قلنا: بالصَّحِيحِ، فلو قَضَىٰ قَاضٍ بِجَوَازِ بَيعِهَا؛ فحكاية الرُّويَانِيِّ عند الأَصْحَابِ ـ رحمهم الله ـ أنه يُنْقَضُ قَضَاؤُهُ، وما كان فيه من خِلاَفٍ، فقد انْقَطَعَ، وصَارَ مَهْجُوراً. وبهذا أجاب الدَّارِكِيُّ. ونقل الإِمَامُ فيه اخْتِلاَفاً لِلأَصْحَابِ، وذكر أن الشيخ أبو عَلِيٍّ بَنَاهُ على أن مُخَالَفَةَ عَلِيٍّ ـ كَرَّمَ الله وَجْهَهُ ـ كانت قبل انْقِرَاضِ العَصْرِ، ولِلأُصُولِيِّينَ خِلاَفٌ في أنه: هل يُشْتَرَطُ لِحُصُولِ الإِجْمَاعِ انْقِرَاضُ العَصْرِ؟

فإن قلنا: لا يُشْتَرَطُ؛ نُقِضَ القَضَاءُ بجواز البَيْعِ.

وإن قلنا: يُشْتَرَطُ؛ لم يُنْقَضْ. ويجوز أن يُبْنَى الخِلاَفُ على ما ذكر الصَّيْدَلاَنِيُّ أن لأصحابنا وَجْهَيْنِ في أنه إذا اختلف الصَّحَابَةُ ـ رَضِيَ الله عنهم في مَسْأَلَةٍ، ثم أجمع البَاقُونَ على أَحَدِ القولين؛ هل يرفع به الخلاف الأول، وبيع المستولدة ـ وإن اختلف فيه الصَّدْرُ الأَوَّلُ ـ فقد أَجْمَعَ أَهْلُ العصر الثاني على مَنْعِهِ ـ رضي الله عنهم ـ أَجْمَعِينَ.

ومنها: أولاد المُسْتَوْلَدَةِ من السَّيِّدِ لا تخفى حُرِّيَّتُهُمْ، والذين حَدَثُوا من النِّكَاحِ أو

(١) قال في الخادم: محل الخلاف في البيع إنما هو بعد الوضع وكذا قاله ابن حزم في كتاب الأحكام فقال وأجمعوا على منع بيعهن إذا حملن من ساداتهن وإنما اختلفوا في بيعهن بعد الوضع وقد احتج أبو العباس بن سريج في كتاب الودائع على منع البيع باتفاق الأمة على أنها لا تباع في حال الحبل فدلالة اتفاقهم قاضية على حكم ما اختلفوا فيه في حال الولادة وقد ينقض هذا بالحامل بحد من وطء شبهة لا تباع قبل وضعه وتباع بعده ويحكى أن أبا بكر محمد بن داود ناظر ابن سريج في هذه المسألة فقال أجمعنا على أنها كانت أمة تباع فمن ادعى أن هذا الحكم يزول بولادتها فعليه الدليل.

فقال ابن سريج أجمعنا على أنها إذا كانت حاملاً لا تباع فمن ادعى أنها تباع إذا انفصل الحمل فعليه الدليل فبهت أبو بكر.

الزِّنَا حكمهم حُكْمُ الأُمِّ؛ لأن الوَلَدَ يتبع الأُمَّ في الحُرِّيَّةِ، فكذلك في حَقِّ الحُرِّيَّةِ، ولا يجيء فيهم الخِلَافُ المَذْكُورُ في وَلَد المُدَبَّرَةِ والمكاتبة، فإن الاسْتِيلَاَدَ أَقْوَى؛ لأنه لا يُرْفَعُ بِحَالٍ. والتَّدْبِيرُ والكِتَابَةُ يَقْبَلَانِ الرَّفْعَ، فليس للسَّيِّدِ بَيْعُهُمْ، ويُعْتَقُونَ بموته وإن كانت الأُمُّ قد مَاتَتْ في حَيَاةِ السَّيِّدِ.

ولو أعتق السَّيِّدُ الأُمَّ، لم يعتق الوَلَدُ، وكذا حكم العَكْس، كما في التَّدْبير، بخلاف ما إذا أَعْتَقَ المُكَاتَبَةَ، يعتق وَلَدُهَا؛ لما سَبَقَ. ولو ولدت[1] المُسْتَوْلَدَةُ من وطء شُبْهَةٍ، فإن كان الوَاطِيءُ يَعْتَقِدُ أنها زَوْجَتُهُ الأَمَةُ، فالوَلَدُ رَقِيقٌ للسيد كالأُمِّ، وهو كما لو أتت به من نِكَاحٍ أو زِنا، وإن كان يَعْتَقِدُ أنها زَوْجَتُهُ الحُرَّةُ، أو أَمَتُهُ، فينعقد الولد حُرٌّ، وعليه قِيمَتُهُ للسَّيِّدِ.

وأما الأولاد الحَاصِلُونَ قبل الاسْتِيلَاَدِ من النكاح أو الزنا، فليس لهم حُكْمُ الأُمِّ، وللسيد بَيْعُهُمْ إذا ولدوا في مِلْكِهِ، ولا يُعْتَقُونَ بِمَوْتِهِ؛ لِحُدُوثِهِ قبل أن يَثْبُتَ للأم حَقُّ الحرية.
ومنها: المُسْتَوْلَدَةُ فيما سِوَى نَقْلِ المِلْكِ فيها كالقِنَّةِ، فله إِجَارَتُهَا واسْتِخْدَامُهَا وَوَطْؤُهَا.

وعن مالك: المَنْعُ من إِجَارَتِهَا. واحتج الأَصْحَابُ بأنه يملك اسْتِخْدَامَهَا، فيملك إِجَارَتَهَا كالمُدَبَّرَةِ، وله أَرْشُ الجِنَايَةِ عليها، وعلى أولادها [التابعين][2] لها، وقيمتهم إذا قتلوا ومن غَصَبَ المُسْتَوْلَدَةَ [فتلفت][3] من يَدِهِ ضَمِنَهَا كالقِنَّةِ.

ومَسْأَلَةُ الغَصْبِ مُكَرَّرَةٌ أَوْرَدَهَا في «الغَصْبِ» مَرَّةً، [وقد ذكرنا][4] هناك خِلَاَفَ أبي حَنِيفَةَ ـ رحمه الله ـ فيها. ولو شَهِدَ شَاهِدَانِ على إِقْرَارِ السَّيِّدِ بالاسْتِيلَاَدِ، وحكم القاضي بِشَهَادَتِهِمَا، ثم رجعا.

فعن الشيخ أبي عَلِيٍّ أنهما لا يُغَرَّمَانِ شيئاً؛ لأن المِلْكَ بَاقٍ في المُسْتَوْلَدَةِ، ولو لم ينويا إلاَّ سَلْطَنَةَ البَيْعِ، ولا قيمة لها على تَجَرُّدِهَا وليس هذا كإِبَاقِ العَبْدِ من يَدِ الغَاصِبِ، في أنه في عَهْدِهِ ضَمَانُ يَدِهِ حتى يَعُودَ المَغْصُوبُ إلى مُسْتَحِقِّه.

قال الإِمَامُ: وإذا مات السَّيِّدُ، ومات المِلْكُ، فالذي نَرَاهُ أن عليهما الغُرْمَ لِلْوَرَثَةِ؛ لأن هذه الشَّهَادَةَ لا تَنْحَطُّ عن الشَّهَادَةِ على تعليق العِتْقِ. ولو شَهِدَ على التَّعْلِيقِ فوجدت الصِّفَةُ، وحكمنا بِشَهَادَتِهِمَا، ثم رَجَعَا لزمهما الغُرْمُ[5].

---

(١) في أ: أولدت.
(٢) في ز: البالغين.
(٣) في ز: فبلغت.
(٤) في ز: فذكرنا.
(٥) قال في الخادم: هذا مخالف لما نقله في باب الرجوع عن الشهادة حيث قال ومن الفرع الثاني العتق فإذا شهدا على عتق عبد وقضى القاضي ثم رجعا غرما قيمة العبد ولم يرد العتق ولا فرق بين أن يكون المشهود بعتقه قناً أو مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد، هذا لفظه، انتهى.

ومنها: في تَزْوِيجِ المُسْتَوْلَدَةِ ثَلاَثَةُ أقوال:

أصحهما: وبه قال أبو حَنِيفَةَ، واختاره المُزَنِيُّ ـ: أن للسيد الاسْتِقْلاَلَ به، كما في القِنَّةِ؛ لأنه يَمْلِكُ إِجَارَتَهَا، فيملك تَزْوِيجَهَا، ولأنه يَحِلُّ له الاسْتِمْتَاعُ بها؛ فَيَجُوزُ له التَّزْوِيجُ كالمُدَبَّرَةِ.

والثاني: قال في القَدِيمِ: لا يُزَوِّجُهَا إلاَّ بِرِضَاهَا؛ لأنه يَثْبُتُ لها حَقُّ حُرِّيَّةٍ لا يملك إبطالها، فلا يُزَوِّجُهَا إلاَّ بِرِضَاهَا كالمُكَاتَبَةِ.

والثالث: ليس له تَزْوِيجُهَا، وإن رَضِيَتْ؛ لأن مِلْكَ السَّيِّدِ فيها ضَعِيفٌ وهي نَاقِصَةٌ في نفسها، فصار كَتَزْوِيجِ الأَخِ والعَمِّ الصغير.

وعلى هذا؛ فهل يُزَوِّجُهَا القَاضِي؟ فيه وجهان:

عن أبي إِسْحَاقَ والإِصْطَخْرِيِّ: نعم، ولا بد من رِضَا السَّيِّدِ؛ لأن المَهْرَ له، ومن رِضَاها؛ لأن الاسْتِمْتَاعَ بها.

وعن ابن أبي هُرَيْرَةَ: المَنْعُ؛ فإن الحاكم بَدَلٌ عن السَّيِّدِ، فإذا لم يملك السيد، فالحاكم أَوْلَى. ويجري الخِلاَفُ في تَزْوِيجِ بِنْتِ المُسْتَوْلَدَةِ؛ فإذا جَوَّزْنَا، فلا حَاجَةَ إلى الاسْتِبْرَاءِ، بخلاف ما في المُسْتَوْلَدَةِ، فإنها كانت فِرَاشاً له.

وابن المُسْتَوْلَدَةِ لا يجبره السيد على النِّكَاحِ، وليس له أن يَنْكِحَ بغير إِذْنِ السيد، فإن أَذِنَ؛ ففيه وجهان[1] تَخْرِيجاً من الخِلاَفِ في تَزْوِيجِ المُسْتَوْلَدَةِ ذكره الرُّويَانِيُّ في «الكافي»، وقد عرفت بما ذكرنا أن قَوْلَهُ في الكتاب: «وقيل لا يجوز إلاَّ برضاها».

وقوله: «وقيل يجوز برضاها» أيضاً، يجوز إعلامهما بالحاء، وهما قَوْلاَنِ لا وَجْهَانِ، ويقال: إن الآخر مُخَرَّجٌ. وقوله: «إلاَّ بِمُرَاجَعَةِ القَاضِي»؛ يوافق المَنْقُولَ عن أبي إِسْحَاقَ والإِصْطَخْرِيِّ ـ رحمهما الله ـ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (فَرْعَانِ: أَحَدُهُمَا:) لَوْ نَكَحَ جَارِيَةً فَوَلَدَتْ وَلَداً رَقِيقاً ثُمَّ اشْتَرَاهَا لَمْ تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، وَلَوْ وَلَدَتْ مِنْهُ وَلَداً آخَرَ فِي نِكَاحِ غُرُورٍ أَوْ وَطْءِ شُبْهَةٍ ثُمَّ اشْتَرَاهَا فَهَلْ تُعْتَبَرُ مُسْتَوْلَدَةً عَلَيْهِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا زنا إِنْسَانٌ بِأَمَةٍ، وأَتَتْ بِوَلَدٍ من الزِّنَا، ثم مَلَكَهَا لم تصر أُمَّ وَلَدٍ له، ولو مَلِكَ ذلك الوَلَدَ، لم يُعْتَقْ عليه. وعند أبي حَنِيفَةَ: يُعْتَقُ عليه؛ لأنه مُنْعَقِدٌ من مَائِهِ.

---

(١) في أ: قولان.

ولو أَوْلَدَ أَمَةَ الغَيْرِ بالنِّكَاحِ، ثم مَلِكَهَا بِشِرَاءٍ، أو غيره، لم تَصِرْ أُمَّ ولد له أيضاً[١]؛ لأنها علقت منه بِرَقِيقٍ، والاسْتِيلاَدُ إنما يَثْبُتُ تَبَعاً لحرية الولد، وإلى ذلك أَشَارَ بقوله ﷺ في مَارِيَةَ: «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا»[٢]، ولو ملكها وهي حَامِلٌ منه، فكذلك الحُكْمُ.

وقال أبو حَنِيفَةَ ـ رحمه الله ـ: تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له في الصُّورَتَيْنِ. ويروى تخصيص الاسْتِيلاَدِ بما إذا مَلِكَهَا حَامِلاً، وَوَلَدَتْ عِنْدَهُ، وبه قال مالك والمُزَنِيُّ ـ رحمهما الله ـ ولا شَكَّ أن الوَلَدَ يعتق عليه ملكه حَمْلاً أو بعد الانْفِصَالِ.

قال الصَّيْدَلاَنِيُّ: وصورة ملكها حَامِلاً، أن تَضَعَ قبل سِتَّةِ أشهر من يوم مِلْكِهَا، أو ألاَّ يَطَأَهَا بعد المِلْكِ، وتلد لِمَا دون أربع سنين فأما إذا وَطِئَهَا بعد المِلْكِ، وَوَلَدَتْ لستة أشهر من وقت الوطء؛ فيحكم بِحُصُولِ العُلُوقِ في مِلْكِ اليَمِينِ، وبِثُبُوتِ الاسْتِيلاَدِ، وحُرْمَةِ الولد، وإن أمكن أن يكون سَابِقاً عليه.

ولو اسْتَوْلَدَ أَمَةَ الغَيْرِ بالشُّبْهَةِ، ثم ملكها، ينظر؛ إن وَطِئَهَا على ظَنِّ أنها زَوْجَتُهُ المملوكة، فالولد رَقِيقٌ، ولا يثبت الاسْتِيلاَدُ. وإن وَطِئَهَا عن ظَنِّ أنها زَوْجَتُهُ الحرة، أو أَمَتُهُ، فالولد حُرٌّ. وفي ثُبُوتِ الاسْتِيلاَدِ قَوْلاَنِ، وكذا لو نكح أَمَةً غُرَّ بحريتها، فَأَوْلَدَهَا فالولد حُرٌّ، وفي ثُبُوتِ الاسْتِيلاَدِ إذا مَلِكَهَا قولان.

[ويجريان][٣] فيما لو اشْتَرَى أَمَةً شِرَاءً فَاسِداً وأَوْلَدَهَا على ظَنِّ الصحة:

---

(١) يستثنى من ذلك من غر بحرية أمة فنكحها فإن الولد حر كما ذكره الشيخ هنا وفي باب الخيار في النكاح.
واستثنى الشيخ البلقيني ما إذا نكح حر جارية أجنبي ثم ملكها ابنه فإنه لا ينفسخ النكاح على الأصح، فلو أولدها فقال الشيخ أبو محمد يثبت الاستيلاد وينفسخ النكاح ومال إليه الإمام وقال الشيخ أبو حامد ومن تبعه والشيخ أبو علي لا يثبت الاستيلاد لأنه رضي برق ولده حين نحكحها والأرجح عندنا ما قاله الشيخ أبو محمد.

(٢) رواه ابن ماجه [٢٥١٦] من حديث ابن عباس بلفظ: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ، فقال أعتقها ولدها، وفي إسناده حسين بن عبد الله وهو ضعيف جداً، قال البيهقي: وروى عن ابن عباس من قوله، قال وله علة، رواه مسروق عن عكرمة عن عمرو عن خصيف عن عكرمة عن ابن عمر عن عمر، قال فعاد الحديث إلى عمر، وله طريق آخر رواه البيهقي من حديث ابن لهيعة عن عبيد الله بن أبي جعفر: أن رسول الله ﷺ قال لأم إبراهيم: أعتقك ولدك، وهو معضل، وقال ابن حزم، صح هذا مسند رواته ثقات عن ابن عباس، ثم ذكره من طريق قاسم بن أصبغ عن محمد بن مصعب عن عبيد الله بن عمرو وهو الرقي، عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس، وتعقبه ابن القطان بأن قوله عن محمد بن مصعب خطأ، وإنما هو عن محمد وهو ابن وضاح، عن مصعب وهو ابن سعيد المصيصي وفيه ضعف.

(٣) في ز: ويحرمان.

أحدهما: أنه يثبت؛ لأنها عَلِقَتْ منه بِحُرٍّ، فصار كما لو عَلِقَتْ منه في مِلْكِهِ.

والثاني: لا يَثْبُتُ؛ لأنها عَلِقَتْ منه في غير مِلْكِ اليمين، فهو كما لو عَلِقَتْ منه في النِّكَاحِ، أو بالزنا، ولأن الاسْتِيلاَدَ لم يَثْبُتْ في الحال، فلا يَثْبُتُ من بَعْدُ، كما لو أَعْتَقَ عَبْدَ الغَيْرِ، ثم مَلَكَهُ.

ولأن الكِتَابَةَ والتَّدْبِيرَ لا يَثْبُتَانِ في مِلْكِ الغَيْرِ حَالاً ولا مَآلاً، فكذلك الاسْتيلاَدُ. وهذا[1] أظهر القَوْلَيْنِ على ما ذكر الإِمَامُ، والموفق ابن طَاهِرٍ في «شرح مختصر الجويني» ـ رحمهم الله ـ. ورأيت في «تَعْلِيقِ الشيخ أبي حَامِدٍ» ـ رحمه الله ـ أنه القَوْلُ الجَدِيدُ والأَوَّلُ القديم.

التفريع: إن أثبتنا الاسْتِيلاَدَ إذا مَلَكَهَا، فَأَوْلاَدُهَا الحَادِثُونَ [بعد ذلك من النكاح أو الزنا حكمهم حكم الأم حتى يعتقوا بموت السيد][2] والحاصلون قبل أن يَمْلِكَهَا ليس لهم حُكْمُ الأُمِّ، وإن حَصَلُوا بعد الاسْتِيلاَدِ؛ لأنهم حَصَلُوا قَبْلَ ثُبُوتِ الحَقِّ للأُمِّ.

ولو ملكها وهي حَامِلٌ من زَوْجٍ أو زِناً؛ ففي «فَتَاوى القاضي الحُسَيْنِ»: أنه لا يَثْبُتُ لذلك الوَلَدِ حُكْمُ الأُمِّ، بل يكونُ قِنّاً للمشتري؛ اعْتِبَاراً بحالة العلُوقِ.

واعترض عليه بأنه لو اشْتَرَى أَمَةً حَامِلاً، يعتق الحَمْلُ الذي هو أَخُ المشتري تَبَعاً للأُمِّ، وإن كان الأَخُ لا يعتق على الأخ، فلذلك[3] جَازَ أن يقال: إذا كان الوَلَدُ مُتَّصِلاً، يثبت له حُكْمُ الأم. فأجاب بأن هناك تَثْبُتُ حَقِيقَةُ الحرية، فَيَسْرِي إلى الجَنِينِ، والاسْتِيلاَدُ حَقُّ الحرية، فلا يَلْزَمُ أن يَسْرِيَ إلى الجَنِينِ، واستشهد عليه بأن ولد المكاتب من أَمَتِهِ يتبعه، لأنه يَثْبُتُ له حَقِيقَةُ المِلْكِ فيه.

وولد المُكَاتَبَةِ لا يَتْبَعُهَا في قول؛ لأنه لا يَثْبُتُ لها حَقِيقَةُ المِلْكِ فيه، ويجوز أن يُعَلَّمَ قوله في الكتاب: «لم تصر أم ولد له» مع الحاء بالواو ولأن أبا الفرج الزاز ذكر في «أَمَالِيهِ» أن بَعْضَ الأَصْحَابِ ـ رحمهم الله ـ فَرَّجَ فيه قَوْلاً مِثْلَ مذهب أبي حَنِيفَةَ ـ رحمه الله ـ أَخْذاً مما إذا أولد جَارِيَتَهُ المَرْهُونَةَ، وقلنا: لا يثبت الاسْتِيلاَدُ، وبيعت في الدين، ثم ملكها يوماً من الدهر.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (**الثَّانِي**:) **مُسْتَوْلَدَةٌ اَسْتَوْلَدَهَا شَرِيكَانِ ثُمَّ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ: وَلَدَتْ أَوَّلاً مِنِّي فَهِيَ مُسْتَوْلَدَتِي فَقَدْ صَارَتْ مُسْتَوْلَدَةً فَإِنْ مَاتَا عُتِقَتْ وَالوَلاَءُ مَوْقُوفٌ، وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ فَنِصْفُ الوَلاَءِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَٱللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِٱلصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ ٱلْمَرْجِعُ وَٱلْمَآبُ.**

---

(١) في ز: وهو. (٢) سقط في: ز.
(٣) في ز: فكذلك.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ذكرنا الفَرْعَ مُصَوَّراً فيما إذا أَوْلَدَ الشَّرِيكَانِ مُكَاتَبَتَهُما، والقِنَّةُ في معناها، فإذا أَتَتِ الجَارِيَةُ المشتركة من كل وَاحِدٍ من الشريكين بِوَلَدٍ، ثم اختلفا، وهما مُوسِرَانِ، فقال كل واحد منهما: أنا أَوْلَدْتُهَا وَلَدِي هذا أَوَّلاً، وهي مُسْتَوْلَدَتِي، تَفْرِيعاً على أن السِّرَايَةَ لا تَتَوَقَّفُ على أَدَاءِ القيمة، فالجَارِيَةُ مُسْتَوْلَدَةٌ باتفاقهما لكن ليس أحدهما بالتَّصْدِيقِ بِأَوْلَى من الآخَرِ، والقولان مجملان، فإن الفرض فيما إذا تَقَارَبَ الوَلَدَانِ في السِّنِّ، فَيُؤْخَذَانِ مَعاً بالاتِّفَاقِ عليهما وإذا مات أَحَدُهُمَا عُتِقَ نِصْفُهَا مُؤَاخَذَةً للآخر بِإِقْرَارِهِ وإذا مَاتَا عُتِقَ كلها، والوَلاَءُ مَوْقُوفٌ بين عَصَبَتِهِمَا.

ولو كانا مُعْسِرَيْنِ، فهي مُسْتَوْلَدَتُهُمَا، وإذا مات، فالوَلاَءُ بين العَصَبَتَيْنِ بالسوية.

وفيه ما سبق أن الربيع رَوَاهُ، وأن الأَصْحَابَ ـ رحمهم الله ـ غَلَّطُوهُ أَوْ أَوَّلُوهُ.

فروع مَنْثُورَةٌ:

إذا اسْتَوْلَدَ المُرْتَدُّ أَمَتَهُ، صارت مستولدة[1] إن قلنا ببقاء مِلْكِهِ، وإن قلنا بزواله، لم يَثْبُتِ الاسْتِيلاَدُ في الحال، فإن أَسْلَمَ فعلى القَوْلَيْنِ فيما إذا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةَ الغَيْرِ بالشُّبْهَةِ، ثم ملكها، وإن تَوَقَّفْنَا في المِلْكِ تَوَقَّفْنَا في الاسْتِيلاَدِ أيضاً.

إذا أسلمت مُسْتَوْلَدَةُ الكَافِرِ، أو استولد جَارِيَتَهُ بعدما أَسْلَمَتْ، فقد ذكرنا في «البَيْعِ» أنه لا سَبِيلَ إلى بَيْعِهَا، وأنه لا يُجْبَرُ على إعتاقها على[2] الأصح، لكن يُحَالُ بينهما، وتجعل عند امْرَأَةٍ ثِقَةٍ، وكَسْبُهَا له، ونَفَقَتُهَا عليه، فإن أسلم رُفِعَتْ الحَيْلُولَةُ، وإن مات عُتِقَتْ وعن مالك: أنها تُعْتَقُ بِإِسْلاَمِهَا.

وقال أبو حَنِيفَةَ: تَسْتَسْعِي بِقَدْرِ قيمتها، فإذا أَدَّتْ عُتِقَتْ. وهل للكافر تَزْوِيجهَا؟

إذا جَوَّزْنَا تَزْوِيجَ المُسْتَوْلَدَةِ؛ فيه وجهان، حكاهما الصَّيْدَلاَنِيّ ـ رحمه الله ـ:

أحدهما: وهو الذي أَجَابَ به القَفَّالُ ـ رحمه الله ـ: لا؛ لانْقِطَاعِ المُوَالاَةِ باختلاف الدِّينِ.

والثاني: نعم؛ بِنَاءً على أنه تَصَرُّفٌ بالمِلْكِ.

وذكر على الوجه الأَوَّلِ أن القَاضِي لا يُزَوِّجُهَا أيضاً.

وعن أبي إِسْحَاقَ: أن الحَاكِمَ يُزَوِّجُهَا إذا أَرَادَتْهُ، ويكون المَهْرُ له. وكذلك يُزَوِّجُهَا الحَاكِمُ إذا اختار السَّيِّدُ تَزْوِيجَهَا، وكَرِهَتْ هي، وتصير النَّفَقَةُ على الزوج.

وعنه أيضاً: أنها أَحَقُّ بِحَضَانَةِ الوَلَدِ ما لم تَتَزَوَّجْ، فإذا تَزَوَّجَتْ صار الأَبُ أَحَقَّ

---

(١) في أ: مستولدته.

(٢) في أ: وهو.

بالولد. إلاَّ أن يكون الولد مُمَيِّزاً، ويخاف أن تَفْتِنَهُ عن دِينِهِ، فلا يترك عنده[١].

في «فَتَاوَى القَفَّالِ»: أن العَبْدَ إذا أَوْلَدَ جَارِيَةَ ابنه الحُرِّ لا حَدَّ عليه، ويثبت النَّسَبُ، ولا يثبت الاسْتِيلاَدُ؛ لأنه ليس من أَهْلِ المِلْكِ، وأن المُكَاتَبَ إذا أَوْلَدَ جَارِيَةَ ابنه الحُرِّ، فيحتمل أن يبنى ثُبُوت الاسْتِيلاَدِ [على الخلاف في أنه إذا أَوْلَدَ جَارِيَةَ نَفْسِهِ، هل يثبت الاسْتِيلاَدُ][٢].

وأن من وَطِئ جَارِيَةَ بَيْتِ المال يُحَدُّ، فإن أَوْلَدَهَا، فلا نَسَبَ ولا اسْتِيلاَدَ، ولا فَرْقَ في ذلك بين الغَنِيِّ والفقير؛ لأنه لا يجب الإِعْتَاقُ من بيت المال.

وأنه لو أَعْتَقَ مُسْتَوْلَدَتَهُ على مال يَجُوزُ، ولو بَاعَ نَفْسَهَا منها، فكذلك على الظَّاهِرِ؛ لأن بَيْعَ العَبْدِ من نَفْسِهِ إِعْتَاقٌ على الحَقِيقَةِ[٣] فقيل: أليس يثبتُ الخِيَارُ للسَّيِّدِ في بيعِ العبدِ من نفسِهِ عَلى وَجْهٍ، وَفِيه اعتبارُ حُكْم المُعاوضَة.

فقال: ذَلِكَ وَجْهٌ بعيدٌ إذا أَوْلَدَ جاريَتَهُ المُحَرَّمةُ عَلَيْهِ بِرِضَاعٍ أَوْ مُصَاهَرَةٍ أَوْ نَسَبٍ، فعليه الحدُّ في قولٍ، والتَّعْزِيرُ عَلى الأَظْهَرِ.

وعلى القولينِ: لَوْ أَوْلَدَهَا، فالولدُ حُرٌّ نَسيبٌ، وتَصِيرُ هي مُسْتَوْلَدَةٌ قال الأصحاب: ولا يتصورُ اجتماعُ هذه الأرحامِ مع وجوبِ الحدِّ إلا في هذه الصورةِ على أحد القولين.

واعلم أن الكلامَ في أحكام المستولدةِ قد مَرَّ مقدماً على الأبوابِ السالفةِ، فلذلك[٤] كانت مُؤْنَة البابِ[٥] حَقِيقَةٌ نسأل الله تعالى أن يُخَفِّفَ عَنَّا بحسنِ المعونةِ كُلَّ

---

(١) قال النووي الصحيح الذي عليه الجمهور: أنه لا حضانة لكافر على مسلم، كما سبق في الحضانة، ولا حضانة هنا للأب.

(٢) سقط في: ز.

(٣) هذا مستثنى من بيع المستولدة ويستثنى من ذلك مسائل:
منها مستولدة الراهن المعسر كما قرره في باب الرهن.
ومنها إذا استولد جاريته الجانية وهو معسر فتباع المرهونة لجهة دين الرهن خاصة والجانية لدين الجناية.

(٤) اعترض صاحب المهمات على الشيخين بأن لنا صوراً أخرى تجيء فيها هذه الأحكام وأن الرافعي ذكرها في باب حد الزنا.
قال في الخادم: ولا يرد على الرافعي؛ لأن طريقة القولين عنده مرجوحة في ذلك كله وذلك لأنه حكى القولين في المحرمة عليهم نسب أو رضاع أو مصاهرة وأصحهما لا يجب الحد، ثم قال ولو وطىء مشتركة بينه وبين غيره أو المزوجة أو المعتدة عن غيره أو المجوسية أو الوثنية أو أسلمت أمة الذمي فوطئها قبل أن تباع فطريقان:
أحدهما: طرد القولين وأقواهما القطع بالمنع لأن تحريمهن لا يتأبد فشبه وطء الحائض، وقال في=

تعبٍ ومؤنةٍ وأن يرحمَ ضَعْفَنا كما علم، وأن يحشرنا في زُمْرَةِ مَنْ رحمه. نختم الكتاب بما بَدَأْنَاهُ به، وهي: حمداً لله ذِي الجَلاَلِ والإِكْرَام، وولي الطَّوْلِ والإنعام، ونقول: الحمد لله الذي هَدَانَا لهذا، ومَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ، لولا أَنْ هَدَانَا الله. اللهم صَلِّ على مُحَمَّدٍ، وعلى آل محمد، كلما ذكره الذَّاكِرُونَ، وغَفَلَ عَنْ ذكره الغافلون واغفر لنا ولإِخْوَانِنَا الذين سَبَقُونَا بالإِيمَانِ، وَلاَ تَجْعَلْ في قُلُوبِنَا غِلاً للذين آمَنُوا إنك رَؤُوفٌ رحيم.

قال المصنف ـ رحمه الله ـ: تَيَسَّرَ الفَرَاغُ منه في ذي القَعْدَةِ الحرام الثلاث عشرة بعد ستمائة عام.

كَمَلَ كتاب فتح العَزِيزِ في شَرْحِ الوَجِيزِ، والحمد لله رَبِّ العالمين(١).

= الروضة؛ فلا حد على المذهب، وقيل: فيه قولان، فإن قلنا: لا حد يثبت النسب والمصاهرة وإلا فلا. انتهى.
وحينئذ فإنما يصح الاعتراض أن لو كان الصحيح عنده في هذه الصور إثبات قول بوجوب الحد وليس كذلك بل الصحيح عنده أنه لا خلاف في نفي الحد، انتهى.

(٥) في أ: الأبواب.

(١) قال النووي في زياداته: قد أحسن الإمام الرافعي ـ رضي الله عنه ـ فيما حققه، ولخصه، وأتقنه، واستوعبه في هذا الكتاب، ويسر الاحتواء على متفرقات المذهب، ونفائس وخفاياه على المفتين والطلاب.
واعلم أيها الراغب في الخيرات، والحريص على معرفة النفائس المحققات، وحل الغوامض والمشكلات، والتبحر في معرفة المذهب والوقوف على ما تعتمده من المصنفات، وتعمد إليه عند نزول الفتاوى الغامضات، وتثق به عند تعارض الآراء المضطربات، وتحث على تحصيله من أردت نصحه من أولي الرغبات، أنه لم يصنف في مذهب الشافعي ـ رضي الله عنه ـ، ما يحصل لك مجموع ما ذكرته، أكمل من كتاب الرافعي ذي التحقيقات، بل اعتقادي واعتقاد كل مصنف، أنه لم يوجد مثله في الكتب السابقات ولا المتأخرات، فيما ذكرته من هذه المقاصد المهمات، وقد يسر الله الكريم، وله الحمد في هذا المختصر مع ذلك، جملاً متكاثرات من الزوائد المتممات، والنوادر المستجادات، وغير ذلك من المحاسن المطلوبات، وأسأل الله الكريم أن يكثر النفع به لي ولوالدي ومشايخي وسائر أحبابنا المسلمين والمسلمات، وحسبنا الله ونعم الوكيل، لا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. وقد رأيت ختمه بما ختم به الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري صحيحه، أن رسول الله ﷺ قال: «سبحان الله وبحمده سبحان الله العظيم خفيفتان على اللسان، ثقيلتان في الميزان، سبحان الله وبحمده سبحان الله العظيم».
والحمد لله باطناً وظاهراً، وأولاً وآخراً، اللهم صل على محمد عبدك ورسولك، النبي الأمي، وعلى آل محمد، وأزواجه، وذريته، كما صليت على إبراهيم، وعلى آل إبراهيم، وبارك على محمد، وعلى آل محمد، وأزواجه وذريته، كما باركت على إبراهيم، وعلى آل إبراهيم، في العالمين إنك حميد مجيد.

فهرس محتويات

الجزء الثالث عشر

من

العزيز شرح الوجيز

الفهرس

كتاب الشهادات

كتاب الدعاوى والبيّنات

كتاب العتق

كتاب التدبير

كتاب الكتابة

كتاب عتق أمهات الأولاد